جامعة الأزهر
كلية الدراسات الإسلامية والعربية
للبنات بالإسكندرية

# النجوم المزهرات
# فى
# فقه المعاملات

(دراسة مقارنة)

دكتور
محمد عبد المقصود جاب الله
استاذ الفقه المقارن ووكيل الكلية الأسبق

١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

نحمد الله سبحانه وتعالى ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وشرور خلقه، من يهد الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له، ونصلى ونسلم على سيدنا ومولانا محمد بن عبد الله خير خلق الله وحبيبه ومصطفاه وعلى آله ووصحبه ومن والاه.

وبعـــد،

فهذا بحث فى الفقه المقارن فى المعاملات ويتكون من سبعة مباحث:

**المبحث الأول** : فى معنى العقد لغة وشرعًا

**المبحث الثانى** : فى أركان العقد وشروطه

**المبحث الثالث** : فى أقسام العقد

**المبحث الرابع** : فى خيار المجلس

**المبحث الخامس** : فى خيار الشرط

**المبحث السادس** : فى الربا

**المبحث السابع** : فى بيوع العينة

قصدت به تجلية الأحكام فيها وبيان أقوال الفقهاء وأدلتهم فيما ذهبوا إليه، مؤثرًا ترجيح ما يقوى دليله دون التعصب لمذهب على آخر، والله أسأل أن ينفع به، وأن يكون ذخرًا لى عند الله سبحانه وتعالى، وهو حسبى ونعم الوكيل.

الإسكندرية فى غرة رجب ١٤١٠ هـ

الموافق ٢٨ يناير ١٩٩٠م

**الأستاذ الدكتور**

**محمد عبد المقصود جاب الله**

أستاذ الفقه المقارن

**بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات**

# المبحث الأول

# معنى العقد لغة وشرعًا

# معنى العقد

## ١- في اللغة :

أصل العقد فى اللغة الربط والشد، نقيض الحل، وهو معنى حسى، يقال عقدت الحبل إذا جمعت بين أطرافه، فهو معقود، والعقدة بالضم موضع العقد بالفتح، وهو معقِد على زنة مفعِل بكسر العين ويجمع على معاقد.

ثم استعمل فى أمور معنوية، كعقد البيوعات والإجارة وغيرها، كما استعمل فى الجزم والتصميم.

قال فى القاموس : «عقد الحبل البيع والعهد يعقد شده»، وفى اللسان: «يقال عقدت الحبل فهو معقود، وكذلك العهد، ومنه عقدة النكاح، ويقال (عقد العهد واليمين، يعقدهما، أكدهما)».

قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[١] ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾[٢] والعقد بفتح فسكون: الضمان والعهد، ومنه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٣].

فالعقد يفيد معنى التقوية والتوثيق والجمع والربط بين شيئين أو أشياء، وكل ما يوجب التزامًا.

---

[١] من الآية ٣٣، من سورة النساء.

[٢] من الآية ٩١، من سورة النحل

[٣] من الآية ١، من سورة المائدة.

## ٢ـ في اصطلاح رجال القانون:

عرف فقهاء القانون العقد فقالوا: «إنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام[١]، أو نقله، أو تعديله، أو إنهاؤه»[٢].

فالاتفاق على إنشاء الالتزام كعقد البيع الذي ينشيء التزامات على عاتق كل من البائع والمشتري، ومثله عقد الإجارة، فإنه ينشئ التزامات بين كل من المؤجر والمستأجر.

والاتفاق على نقل الالتزام كالحوالة، فإنها تنقل الحق أو الدين من دائن إلى دائن آخر، ومن مدين إلى مدين.

والاتفاق على تعديل الالتزام كإضافة أجل إلى الالتزام، أو تعليقه على شرط.

والاتفاق على إنهاء الالتزام كالوفاء الذي ينهي الدين، والإبراء من الدين، وفسخ عقد الإجارة قبل الموعد المحدد لها.

فالعقد والاتفاق على هذا مترادفان معنى، وهو ما ذهبت إليه القوانين المدنية الحديثة[٣]؛ وإن كان بعض رجال القانون يفرقون بينهما، فالعقد عندهم هو «اتفاق على إنشاء التزام أو نقله».

٣ـ وعلى هذا يكون العقد أخص من الاتفاق؛ إذ يعتبر بمنزلة النوع من الجنس، وعليه، فكل عقد هو اتفاق إذا كان منشئًا للالتزام أو ناقلاً له.

أما المعدل للالتزام أو المنهي له، فلا يعتبر عقدًا عند هؤلاء، وإنما هو اتفاق.

---

[١] المادة (١٢١) من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري الجديد.

[٢] انظر الوسيط للدكتور السنهوري، ف٣٢، ص ١٣٨.

[٣] المادة (١١٠١) من القانون الفرنسي (عقد البيع لزهدي يكن).

وهذه التفرقة بين العقد والاتفاق قد نقلها القانون الفرنسي عن "بوتيه" الذى نقله بدوره عن "دوما".

ولكن غالبية فقهاء القانون لا يرون أهمية لهذا التمييز، ولذلك لم يأخذوا به[1].

٤ - وإذا انتقلنا من تعريف العقد فى اصطلاح القانونيين إلى تعريفه عند رجال الفقه الإسلامى لا نجد بينهما فرقًا كبيرًا.

فقد اتجه بعض الفقهاء إلى تسمية كل ما يصدر عن الإنسان ويعزم على فعله عقدًا، سواء أكان يكفى فى إصداره إرادة الإنسان وحده، أم هو فى حاجة إلى إرادة طرف آخر يتفق معه فى إنشائه.

فالأول : مثل الطلاق والاعتاق والإبراء والهبة والوقف وغيرها مما يتم بكلام طرف واحد.

والثانى : مثل البيع والإجارة والشركة والمضاربة وغيرها مما لا يتم إلا بربط كلامين من طرفين.

فهؤلاء الفقهاء يعتبرون كل هذه التصرفات ونحوها عقودًا لما فيها من معنى العزم وانعقاد النية على عملها «بل إن عزم المرء على فعل كذا تقوية لإرادته التى ربما كانت مترددة فتقدم على فعله، يعتبر أيضًا عقدًا لما تضمنه من معنى التقوية والربط بين النية والإرادة والعمل بإنفاذه فعلاً ما التزمه»[2].

ذهب إلى المعنى الأول فى تعميم معنى العقد الإمام أبو بكر أحمد بن على الرازى الحصاص حيث يقوم فى تفسير قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين

---

[1] انظر : الوسيط للدكتور السنهورى، ص ١٣٧، ١٣٨.

[2] انظر الأموال ونظرية العقد، للدكتور محمد يوسف موسى، ص ٢٥١

آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١] : «إن العقد فى أصل اللغة الشدة، ثم نقل إلى الأيمان والتصرفات الشرعية، من كل ما يراد به التزام شخص الوفاء بشىء يكون فى المستقبل، أو إلزامه به، فالعقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه»[٢].

فالبيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المفاوضات تسمى عنده عقودًا؛ لأن كل واحد من العاقدين قد ألزم نفسه الوفاء بشىء من جانبه.

والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة وغيرها تسمى عقودًا؛ لما فيها من معنى الإلزام.

وكذلك العهد والحلف على شىء فى المستقبل، وإعطاء الأمان يسمى عقدًا؛ لأن المتعهد أو الحالف أو من اعطى الأمان لغيره قد ألزم نفسه الوفاء بما تعهد به، أو حلف عليه، أو أعطاه.

بل تجاوز الرازى ذلك، فعد كل شرط يشترطه المرء على نفسه عقدًا؛ لأنه التزم الوفاء به فى المستقبل.

وعلى هذا يعتبر العقد فى نظر الإمام الرازى: «كل ما التزم الشخص الوفاء به فى المستقبل، سواء كان ذلك الالتزام بإلزام نفسه، أم باتفاق مع شخص آخر.

وقد نحا هذا المنحى كثير من فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فى كتبهم.

٥ ـ وذهب جمهور الفقهاء إلى تعريف العقد بالمعنى الأخص، وهو ما يكون فيه ربط بين طرفين تنشأ عنه التزامات تقوم بينهما، فقالوا: «ربط بين كلامين، أو ما يقوم مقامهما، ينشأ عنه أثره الشرعى».

---

[١] من الآية ١، من سورة المائدة.

[٢] انظر: أحكام القرآن، لأبى بكر الرازى الجصاص ٢/٢٩٤.

وعرفته المادة (٨٣) من القانون المدني العراقي بأنه «ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه». وهذا التعريف مستمد من الفقه الإسلامي نقلاً عن المادة (٢٦٢) من "مرشد الحيران" التي عرفت العقد بأنه عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المحل».

وفي "التوضيح" عرف العقد شرعًا بأنه «ربط القبول بالإيجاب على وجه يظهر أثره في المحل» كما نقله عن كل منهما "البحر الرائق"[1].

وفي فقه الإمام جعفر ما يدل على تعريف العقد بما ذكره أكثر الفقهاء من أنه «مجمع الإيجاب والقبول وارتباطهما على وجه يتحقق بإنشائهما معنى له آثاره الخارجية» كتمليك العين بعوض في البيع، وبلا عوض في الهبة، وكتمليك المنفعة بعوض في الإجارة، وبلا عوض في العادية، وعلى هذا يكون العقد اسمًا لإنشاء ما قصده الموجب والقابل، لا نفس المعنى المقصود لهما، والسبب عن إنشائهما، ولكلمة أن العقد اسم للسبب الذي أنشأ التمليك والتملك، لا للمسبب الذي هو التمليك والتملك[2].

## ٦- مقارنة بين تعريف العقد في الشريعة والقانون

سبق أن ذكرنا تعريف العقد في الفقه الإسلامي بأنه «ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه»

فيضيف الفقهاء إلى التعريف كلمة "مشروع" ويجعلونها وصفًا للوجه الذي يتم به ارتباط الإيجاب بالقبول.

---

(١) انظر : فتح القدير ٥ / ٤٥٦؛ البحر الرائق ٥/٢٨٣.

(٢) انظر: فقه الإمام جعفر الصادق ١٥/٣.

وبينّا تعريف العقد فى القوانين المدنية الحديثة بأنه: «توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه».

ومن المقارنة بين هذين التعريفين يظهر لنا أنهما وإن كانا يتفقان فى جملتهما إلا أنهما يفترقان فى عدة أمور نجملها فيما يلى:

١- تعريف الفقهاء المسلمين ينصب على واقعته الشرعية التى هى الارتباط الاعتبارى الذى يقدر الشارع حصوله بين الطرفين؛ إذ أن العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية فى سبيل تكوينه لولا الاعتبار الذى يسبغه عليه الشارع، وهذا ما تشعر به كلمة "ارتباط" وتؤده عبارة "على وجه مشروع".

أما تعريف القانونيين للعقد فينصب على واقعته المادية[1]، وهى اتفاق الإرادتين سواء كانت موافقة للشرع أم لا. وعلى ذلك فتعريف القانونيين يشمل العقد الباطل لما فيه اتفاق الإرادتين وإن لم يحصل اتفاق فى نظر القانون.

أما تعريف الفقهاء الشرعيين فلا يشمل إلا نوع العقود الصحيحة لأن الباطل لا وجود له شرعًا، فلا يجوز أن يتناوله التعريف الذى يجب أن يكشف عن أمر موجود، لا عن معدوم.

٢- العقد عند القانونيين يطلق على الاتفاق الذى يقع فى نطاق القانون الخاص، وفى دائرة المعاملات المدنية. ولا يكفى أن يقع الاتفاق فى هذا النطاق حتى يعتبر عقدًا، بل يجب أن يقع فى دائرة المعاملات

---

[1] الواقعة المادية هى ما ينظر فيها للالتزام كقيمة مالية؛ لأن الالتزام إما شخصى ينظر إلى الالتزام كرابطة شخصية، وإما مادى ينظر إليه كقيمة مالية.

المالية، فالزواج اتفاق بين الزوج والزوجة، ولكنه لا يعتبر عقدًا؛ لأنه ليس مصدرًا لالتزام ذى قيمة مالية، وإن ترتبت عليه حقوق، وأنها بمقتضى القانون ولا تنشأ عن طبيعة العقد.

أما العقد فى الشريعة الإسلامية فإنه كما يطلق على المعاملات التى تقع فى دائرة المعاملات المادية يطلق كذلك على عقد الزواج؛ لأن العقود وسائر التصرفات الشرعية أوضاع اعتبرها الشارع مستتبعة آثارها ومقيدة أحكامًا خاصة بها، وغايته أن بعض هذه التصرفات يفيد ملك عين المعقود عليه فى الحال أو الاستقبال، وبعضها يفيد حق وضع اليد عليه من غير انتفاع، وعقد الزواج وإن كان غير متعلق بالمال إلا أنه يخرج عن المحيط المتقدم ذكره؛ إذ هو عقد وضعه الشارع ليفيد ملك استمتاع الرجل بالمرأة، وحل استمتاع المرأة بالرجل.

٣- وبالمقارنة بين تعريفى العقد، نجد أن بينهما اتفاق فى المعنى الخاص للعقد؛ إذ هو عند رجال القانون كما ذكرنا «اتفاق العقد هو اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانونى»، وعند الفقهاء «ربط كلامى ينشأ عنه حكم شرعى»، فلا يسمى عقدًا إلا إذا كان بين طرفين ويقرره الشارع، وهو ما يقصد عند إطلاق كلمة العقد، أما إذا كان بإرادة واحدة مفردة، مثل الطلاق والإعتاق، فلا يسمى عقدًا، بل يكون مرادفًا للتصرف ومساويًا له فى المعنى والدلالة؛ لأن التصرف الشرعى «كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية، ويرتب عليه الشارع أثرًا شرعيًا فى المستقبل»[1].

٤- تعريف فقهاء القانون يتجلى فيه المذهب الشخصى الذى تكون

---

[1] انظر: الملكية ونظرية العقد، للأستاذ المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة، ص ٢٠٠، ٢٠١، وعقد البيع، لزهدى يكن، ص ٥.

العبرة فيه للإرادة الباطنة؛ أى لإرادة المتعاقدين الحقيقية؛ لذلك فهم يعرفون العقد بأنه : «اتفاق إرادتين .....».

أما تعريف الفقهاء الشرعيين فيتجلى فيه المذهب المادى الذى يأخذ فى الاعتبار إرادة المتعاقدين الظاهرة؛ أى التعبير عن الإرادة. لذلك فهم يعرفون العقد بأنه «ارتباط الإيجاب بالقبول .....» وما الإيجاب والقبول إلا طريقة لإظهار هذه الإرادة. ولكن يلاحظ أن هذا الحكم فى الفقه الإسلامى والذى أخذ به القانون المدنى العراقى، تخفف منه قاعدة «العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى، لا للألفاظ والمبانى» كما تقضى بذلك المادة (٣) من مجلة الأحكام العدلية، والفقرة الأولى من المادة (١٥٥) من القانون المدنى العراقى[١].

ويتضح مما سبق أن تعريف فقهاء القانون المدنى للعقد أوضح تصويرًا، وتعريف الفقهاء الشرعيين أدق تصورًا، أما نتيجتهما من حيث المآل فواحدة سوى شمول التعريف القانونى للعقد الباطل.

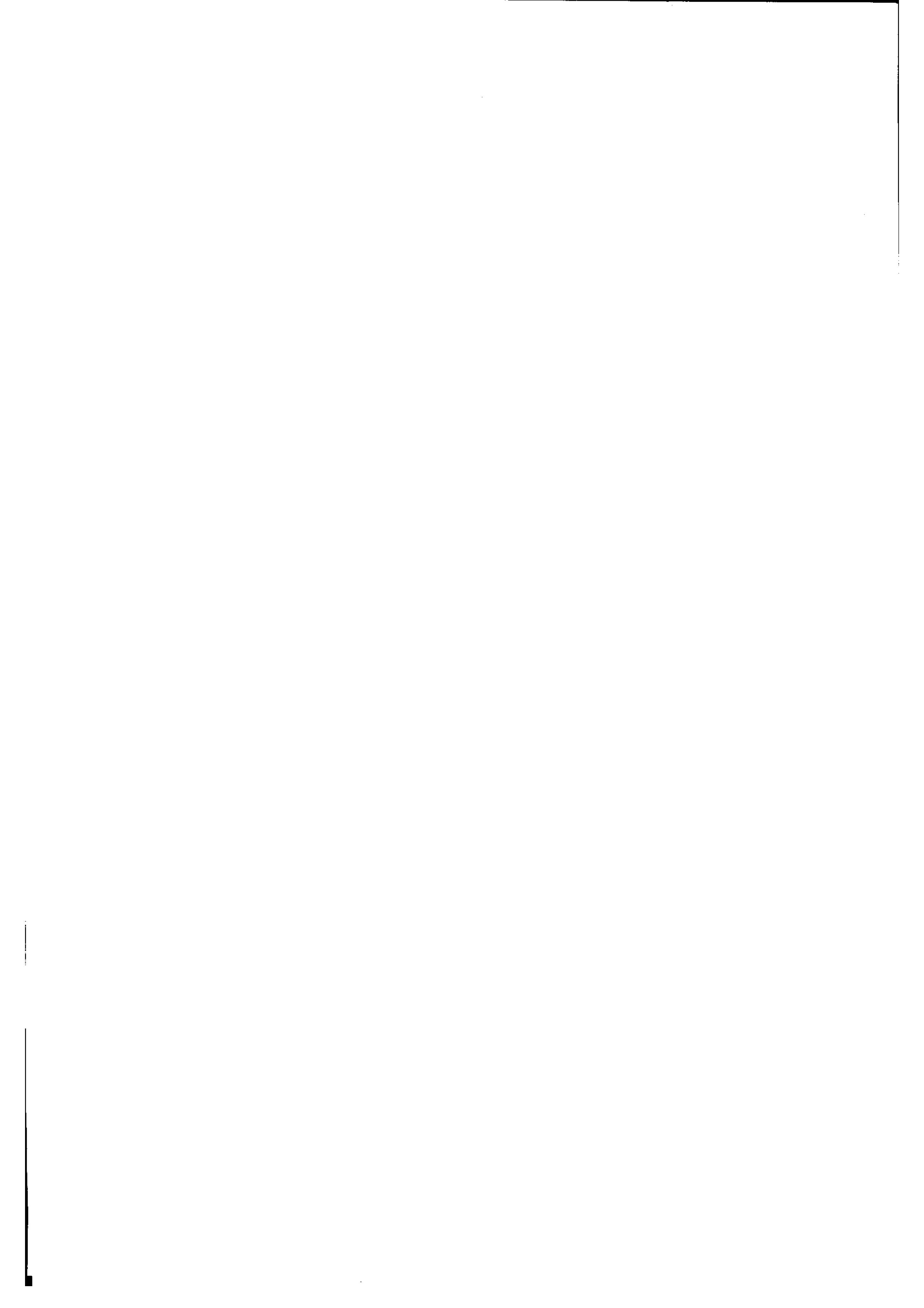
أما تعريف فقهاء القانون المدنى أوضح تصويرًا؛ فلأنه ينظر إلى العقد من حيث الوقائع المادية التى يجب أن تتوفر لتكوينه؛ أى الإرادتان واتفاقهما، وبعبارة أخرى، هو ينظر إلى العقد من حيث بدايته.

وأما تعريف الفقهاء الشرعيين أدق تصورًا؛ فلأنه ينظر إلى العقد من حيث الأثر الذى يجب أن ينتجه. وبعبارة أخرى، هو ينظر إليه من حيث نهايته. ويلاحظ هنا أن جملة «يثبت أثره فى المعقود عليه» تعبر عن الصفة التى تميز العقد عن الاتفاقات الأخرى غير الملزمة، وهذا ما يعبر عنه فقهاء القانون المدنى بوجوب توجه إرادة الطرفين إلى إحداث

---

[١] انظر: الملكية ونظرية العقد، للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، ص٢٤٩، ف ١٢٥.

أثر قانوني، وارتباط الإيجاب بالقبول علـى وجـه يظهر أثـره فـي المعقـود عليه، تعبيران يؤديان إلى نتيجة واحدة، فالأثر القانوني يكون علـى محمـل العقد الذي هو المعقود عليه في تعريف الفقهاء المسلمين، وليس بين هذيـن التعبيرين من فرق سـوى أن التعريـف الإسـلامي يـأخذ بـالإرادة الظـاهرة، والتعريف المدني يأخذ بالإرادة الباطنة.



# المبحث الثانى

# أركان العقد وشروطه

## ٧ـ أركان العقد عند الفقهاء

بعد أن أوضحنا أن العقد عند غالبية الفقهاء إذا أطلق ينصرف إلى معنى العقد بالمعنى الخاص، وهو لا يتحقق إلا «بربط كلام أحد العاقدين بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره فى المحل» فلابد لانعقاد العقد إذا من عبارتين تعبران عن ذلك؛ وهما ركناه اللذان يتكون منهما العقد.

وقد اصطلح الفقهاء على تسمية هاتين العبارتين بالإيجاب والقبول. والإيجاب هو ما صدر من أحد العاقدين أولاً، والقبول هو ما صدر من أحد العاقدين ثانيًا، وسمى القول الأول بالإيجاب لأنه يثبت خيار القبول للآخر، وسواء وقع من البائع كـ"بعت"، أو من المشترى، كأن يبدأ المشترى، وسمى القول الثانى قبولاً لأنه يجئ مبنيًا على الإيجاب، وما فيه من التزام إنما كان للرضا به، فلهذا كان القول الأول هو الإيجاب؛ إذ هو عمدة الالتزام وعماده، وكان الثانى قبولاً لأنه رضا بما فى الأول من التزام وإلزام، وما تضمن القبول من الالتزام إلا لرضاه بما تضمنه قول الأول من إلزام[1].

فإذا قال التاجر: بعتك هذه السيارة بأربعة آلاف جنيه مثلاً، كانت هذه العبارة إيجابًا، وإذا قال الطرف الآخر: قبلت، كان هذا قبولاً، وبه يتحقق العقد. وحينئذ يصير البائع ملتزمًا بتسليم السيارة، ويصير المشترى ملتزمًا بدفع الثمن.

وهذا التعريف للإيجاب والقبول هو ما صار إليه الحنفية فى كتبهم[2] مما يرشد إليه اتجاه علمائهم.

---

[1] المادة (١٠١) من مجلة الأحكام العدلية.

[2] انظر: الجوهرة ١/١٨٤، س٣.

أما المالكية والشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن الإيجاب هو ما صدر من المملك، وهو البائع، أو المؤجر مثلاً، والقبول هو ما صدر من المتملك، وهو المشترى والمستأجر مثلاً، وسواء كان الإيجاب متأخرًا من البائع والقبول متقدمًا من المشترى، سمى ما صدر من البائع إيجابًا وما صدر من المشترى قبولاً[1].

وإنما سمى الموجب مملكًا لأن البائع يحصل منه تمليك العين للمشترى، والمؤجر يحصل منه تمليك المنفعة للمستأجر، والزوجة يحصل منها تمليك حق الاستمتاع للزوج، وسمى القابل متملكًا لأن الملك ينتقل إليه، وكذلك المنفعة وحق الاستمتاع.

٨ - وفى الحقيقة أننا إذا تدبرنا الأمر نجد أن كلا من العبارتين الصادرتين من طرفى العقد فيها إيجاب؛ أى التزام من صاحبها بما يجب عليه للطرف الآخر، وإثبات لِحَقٍّ له عليه. فإذا نظرنا فى عقد الإجارة أو عقد النكاح -مثلاً- نجد أنه فى العقد الأول يلتزم البائع النزول عن المبيع وتسليمه للمشترى نظير الثمن، ويلتزم المشترى النزول عن ملكية الثمن نظير تملكه المبيع، وفى عقد الإجارة يلتزم المالك والمؤجر النزول عن ملكية منفعة العين التى أجرها للمستأجر نظير الأجرة للمدة المتفق عليها، ويلتزم المستأجر تمليك الأجرة للمؤجر نظير الانتفاع. وفى عقد النكاح تلتزم الزوجة تمكين الزوج من الاستمتاع ببعضها نظير المهر المتفق عليه، ويلتزم الزوج تمليكها المهر فى مقابل هذا الحق.

وهكذا يتبين أن كل عبارة تصدر من أحد المتعاقدين تعتبر إيجابًا

---

[1] انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣/٣، س ٢٦.

فى حقيقة الأمر وإثباتًا لحق كل واحد منهما على صاحبه «وإنما سمى الإيجاب والإثبات الثانى قبولاً؛ تمييزًا له عن الإثبات الأول، ولأن يقع قبولاً ورضا بفعل الأول» وهذا ما أشار إليه الكمال بن الهمام فى فتح القدير ٤٥٦/٥، والخلاف فى تحديد أى العبارتين يطلق عليها الإيجاب، وأيهما يطلق عليه القبول، لا يتوقف إظهار حكم من أحكام العقد.

والواقع أن إطلاق اسم الإيجاب على ما يصدر من أحد العاقدين أولاً والقبول على ما يصدر من العاقد الآخر ثانيًا، هو الأولى بالاعتبار، لعدم الحاجة فى هذه التسمية إلى إعمال فكر وروية فيمن يقع منه التمليك، ومن يقع منه التملك، ولأن الموجب الأول أثبت للعاقد الآخر حق الخيار فى قبول العقد أو رفضه.

٩ - يتبين لنا مما تقدم أن الإيجاب والقبول يعتبران ركن العقد[١]، وإلى ذلك ذهب المالكية والحنفية والحنابلة، وهذا مما يظهر لنا فى كتبهم من أن ركن العقد هو الصيغة فقط، التى هى الإيجاب والقبول[٢] وما عدا ذلك من العاقدين والمعقود عليه ضرورة، ووجودهما مرتبطين لا يكون إلا إذا وجد محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط، وقد نص الحطاب على أنه «ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة، وإنما بدأ الكلام عليه لقلته، أو لأنه أول الأركان فى الوجود، ثم بعده يحصل تقابض العوضين، ولا يقال العاقد سابق عليه؛ لأن الصيغة كلام أو فعل يصدر منه، وهما صفة له»

وأما الشافعية فذهبوا إلى أن أركان العقد ثلاثة: عاقدان ومعقود عليه، وصيغة. والمراد بالعاقدين: (الموجب والقابل) والمعقود عليه:

---

[١] مختار الصحاح، ص٥٥٥، ٢٣١/٤.

[٢] فتح القدير والعناية ٤٥٥/٥.

(الثمن والمثمن)، والصيغة: (الإيجاب والقبول)؛ لأنهم يعبرون بالشرط ويريدون به ما لا بد منه لتكون العقد، ولكن قد لا يكون ذلك جزء الماهية، فيسمى ركنًا، وقد يكون خارجًا عنها، وهو المراد بالشرط.

وما ذهب إليه الشافعية لا يتفق وخاصة الركن؛ إذ خاصته كونه جزءًا للماهية، والعاقد والمعقود عليه ليس واحدًا منهما جزءًا للماهية؛ إذ أنهما لا يوجدان بالوصف المذكور إلا بعد وجود العقد، وذلك بالصيغة وحدها[1].

## ١٠ ـ أركان العقد عند القانونيين :

أركان العقد في القانون المدني المستمد من الفقه الغربي تعرضت لها المواد من ٨٩ - ١٤٤، ومنها يتبين أنها ثلاثة: (التراضي ، والمحل، والسبب).

لأن العقد يقوم على الإرادة؛ أي تراضي الطرفين على إحداث أثر قانوني معين وهذه الإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة، وهذا هو السبب.

أما المحل فهو الشيء الذي يلزم المدين القيام به، وهو المعقود عليه، ولا يتصور العقد بدونه، وإلى جانب هذه الأركان الثلاثة، قد يتطلب القانون وضعًا معينًا لانعقاد العقد، شكلاً كان؛ كالورقة الرسمية بالنسبة لبعض العقود، أو تسليمًا كما في العقود العينية، ويتمثل في هبة المنقول، إذا لم تفرغ في ورقة رسمية[2].

---

[1] انظر: نهاية المحتاج ٣٦٢/٣، ومغني المحتاج ٣/٢، س١٣؛ المجموع شرح المهذب للنووي ١٥٧/٩.

[2] نظرية الالتزام، للدكتور حشمت أبو ستيت، ص٧٠.

وبالمقارنة بين أركان العقد فى الفقه والقانون، نجد أن القانون يتفق فى ركنى الرضا والمحل مع ما ذهب إليه الفقهاء الشافعية، أما السبب فلم يعتبره الفقهاء ركنًا وإن كانوا قد اعتبروه شرطًا.

## ١١ـ شروط الإيجاب والقبول :

بعد أن عرضنا لركن العقد عند الفقهاء القانونيين، وهو ما يوجد به العقد ويتحقق من الصيغة التى تدل على إرادة العاقدين ورغبتهما فى التعاقد، سواء كان ذلك بالقول أو كان بالكتابة المتبينة، أو الرسول، أو الإشارة المفهمة، أو الفعل، كما فى بيع التعاطى، يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[1]. ويقول الرسول ﷺ الأكرم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[2].

ووجود الإيجاب والقبول حسًا لا يكفى فى وجود العقد فى نظر الشارع، بل لابد مع هذا الوجود الحسى فى الربط المعنوى بين الإيجاب والقبول. والوجود الحسى للإيجاب والقبول والاتصال بينهما يتحقق بشروط اتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا فى بعضها الآخر. وقد ارتضى الفقهاء صيغة الماضى لانعقاد العقد؛ ذلك لأن صيغة الماضى هى المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة فى مرحلتها النهائية إرادة قد جاوزت دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة إلى دور الحزم والقطع والبت والحسم.

---

[1] من الآية ٢٩ من سورة النساء.

[2] رواه الإمام أحمد فى مسنده.

أما صيـغ المضـارع والأمـر والاستقبال[1] والاستفهام فـلا؛ لأنها تحتمـل الحـال والاستقبال، ولأن الصيغـة لابـد أن تتمحـض للحـال دون الاستقبال؛ لذلك وجب الرجوع فى هذه الصيغ إلى الظـروف والملابسـات، فإن دلت الصيغة بطريق الاقتضاء على الحال انعقد العقد، وإلا فلا.

ولذلك اختلف الفقهاء فى الصيغة إذا كانت بلفظ المضارع أو الأمر أو الاستقبال أو الاستفهام، فبينما يرى الحنفية والشافعية والمالكية أن العقد ينعقد بلفظ المضارع إذا قامت قرينة تدل على أن المراد به الإيجاب، بأن أعلنا النية على العقد أو حلفا على ذلك، أما إذا لم يتصادقا على نيـة الحـال فلا ينعقد العقد.

ومعنى ذلك أن انعقاد العقد بلفظ المضارع مـن بـاب الكنايـة فلابد لصحة الانعقاد به من قرينة دالة على إرادة العقد.

أما الحنابلة فإنهم لم يجوزوا استعمال المضـارع فـى إنشـاء العقد لأن العبارة حينئذ من قبيل الوعد بأخذ المبيع[2].

مـن كـل ذلـك نـرى أن جمهـور الفقهـاء يـرون جـواز العقد بلفـظ المضارع ما دامت القرائن تدل على إرادة إنشاء العقد فى الحال، واستبعاد إرادة الوعد بأخذ المبيع؛ لأن الصيغة فى هذه الحال تعبر عن إرادة العـاقد فى إنشاء العقد ورضاه وهو مناط صحة العقد، وليسـت العبـارة إلا وسـيلة للوقوف على رضا العاقدين.

فمتى عرف ذلك تم العقد، سواء كانت العبارة دالـة علـى المـاضى أو المستقبل.

---

[1] مثل: سأبيعك بكذا، أو سوف أبيعك بكـذا، وهـى الصيغة المقرونـة بالسـين وسـوف، كمـا جـاء فـى الفتاوى الهندية ٣/٤.

[2] كشاف القناع ٣/١٣٦.

## ١٢ ـ اختلاف الفقهاء في صيغة الأمر والاستفهام والاستقبال

وأما الصيغة إذا كانت بلفظ الأمر والاستفهام والاستقبال، فقد اختلف فيها الأئمة؛ فذهب أبو حنيفة إلى أن هذه الصيغ تتمحض في الاستقبال، فلا ينعقد بها العقد ولو نوى الإيجاب.

أما صيغة الأمر فهي عند الحنفية طلب للإيجاب والقبول، وليست إيجابًا وقبولاً، فالدلالة على الرضا غير واضحة؛ لأنه لا يراد بذلك البت والقطع، ومن ثم لا ينعقد بها العقد. فإذا قال المشتري للبائع: بع سيارتك هذه مني بكذا، فسيقول البائع : بعت، لا ينعقد العقد ما لم يقل المشتري: اشتريت، وإذا قال البائع للمشتري: اشتر مني هذا الشيء بكذا، فقال: اشتريت، لا ينعقد ما لم يقل البائع: بعت[1].

وأما صيغة الاستفهام فهي صيغة تمحضت للاستقبال، فلا ينعقد بها العقد.

وأما صيغة الاستقبال، وهي الصيغة المقرونة بالسين وسوف، فواضح أنها تمحضت للاستقبال، فلا ينعقد بها العقد.

العقد عند الحنفية ينعقد بصيغة الماضي بدون حاجة إلى نية لتمحضها للحال، وأما صيغة المضارع الدالة على الحالية والاستقبال فلا ينعقد بها العقد، إلا إذا قامت قرينة تدل على الحالية، وأما إذا تمحض للاستقبال لتصدره بالسين وسوف، فلا ينعقد به العقد مطلقًا، وكذلك فعل الأمر لا ينعقد به العقد. واستثنوا من ذلك عقد النكاح، والخلع، والهبة،

---

[1] الجوهرة النيرة ١/١٨٤.

والإبراء من الدين، والكفالة، والعتق على مال[١]. فأن ينعقد العقد فيها بصيغة الأمر لما يسبق ذلك من مقدمات تدل على أن المراد هو الحال وليس الاستقبال إلا إذا كان فعل الأمر بلفظ "خذه" يستدعى أو "أخذت"، فإنه ينعقد به العقد فى البيع والإجارة وما شابهها؛ لأن لفظ "خذه" يستدعى سبق البيع بطريق الاقتضاء، فكأن الموجب قال: قد بعتك هذا الشيء فخذه[٢].

وأما المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية، فيرون أن العقد لا ينعقد بلفظ الاستفهام ولا بصيغة المضارع إذا صدر السين وسوف، وهو ما ذهب إليه الحنفية.

وإذا كان العقد بصيغة الامر فينعقد عندهم من غير حاجة إلى نية عند الشافعية والزيدية[٣] والإمامية، كما هو إذا قال المشترى: بعنى، فقال البائع: بعتك، لتضمنه الإيجاب والقبول، واختلف فى ذلك المالكية والحنابلة، ففى رأى عندهما أنها كصيغة الماضى لا تحتاج إلى نية، وفى آخر أنها كالمضارع تحتمل الحال أو الاستقبال فلا ينعقد بها العقد إلا إذا كانت وقامت قرينة تدل على الحالية أو يحلف من أتى به أنه لم يرد البيع والشراء الإلزام، وهذا عند مالك.

---

[١] إذا قال الخاطب لولى المرأة: زوجنى، فقال: زوجتك، تم العقد. وإذا قالت الزوجة لزوجها: حالفنى على كذا، فقال: حالفتك، تم الخلع. وإذا قال شخص لآخر: هب لى هذا الشيء، فقال: وهبته لك، تمت الهبة. وإذا قال المدين لصاحب الدين: ابرئنى عما لك من الدين، فقال: أبرأتك، تمت البراءة. وإذا قال شخص لآخر: اكفل بنفسى ثلاثًا لفلان، فقال: كفلت، تمت الكفالة. وإذا قال السيد لعبده: اشتر نفسك منى بكذا، فقال: فعلت، تم العتق. انظر: فتح القدير ٥/٤٥٨، انظر المادة ١٧٢ من مجلة الأحكام العدلية مع شرحها ١/١٤٥.

[٢] انظر الفتاوى الهندية ٣/٤، والبدائع ٥/١٣٣، انظر إلى الفتاوى الجنائية ٢/١٢٦، ١٢٧.

[٣] انظر المنتزع المختار، طبعة المعارف سنة ١٣٤٠هـ، ٣/٢، وفيه: «فلو قال: بع منى هذا بكذا، فقال: بعت، ينعقد العقد».

وقال أحمد لا يصح كالحنفية[1].

١٣ ـ وباستعراضنا لآراء الجمهور نجد أن العقد ينعقد بصيغة الأمـر كما ينعقد بالماضى، بل أولى لأن الأمر وإن كان فى أصل اللغة يدل على طلب البيع، ولكن العرف يدل على رضاه له، والعرف له اعتبار فى الشرع؛ ولذلك قيل:

والعرف فى الشرع له اعتبار      لذا عليه الحكم قد يدار

ورأى الجمهور أولى بالترجيح؛ لما فيه من التيسير على الناس؛ لأن مثل ذلك العقد لا ينعقد ولا يصح[2].

## ١٤ ـ توافق القبول مع الإيجاب :

بعد أن استعرضنا أقوال الفقهاء فى الصيغة التى ينعقد بها العقد والتى يتم به الإيجاب والقبول، يجب أن نعلم أنه ليتحقق ذلك وتثمر الصيغة ثمرتها وتأتى بالمقصود منها لابد من تطابق الإرادتين وتلاقى الرغبتين بتوافق القبول والإيجاب على محل العقد، بذلك تتحقق معنى الركنية فيهما، فإذا لم يوافق للإيجاب والقبول، بأن يراد الإيجاب على أمر ولاقبول على غيره، مثل أن يقول أحدهما لآخر: بعتك سيارتى هذه بكذا، فيقول الآخر: اشتريت دارك بكذا، أو يرد الإيجاب على شىء مفيد بوصف، ويجىء القبول مفيدًا بوصف آخر، مثل أن يقول أحد العاقدين للأخر بعتك سيارتى هذه بأربعة آلاف فيقول المشترى قبلت شراءها بثلاثة آلاف. ولا ينعقد العقد ولا يتم فى هاتين الحالتين لأن توافق الإيجاب مع

---

[1] انظر: المغنى لابن قدامة، ٣/ ٥٦١، س٥.

[2] انظر: حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣/٣، ٤، انظر: الخرشى على خليل ٥/٧، وانظر: المنتقى بشرح الباجى ٤/١٥٧.

القبول، يعتبر محققًا للعقد ولم يوجد هذا التوافق ولم تتلاق رغبة الموجب مع القابل.

وكذلك يشترط توافق القبول مع الإيجاب في القدر، فإذا ورد الإيجاب على شيء معين والقبول على بعضه، بأن قال الموجب: بعتك هذه الدار بما فيها من أثاث بعشرة آلاف، فيقول القابل: اشتريت الدار وحدها بخمسة آلاف فإن العقد لا يتم فى هذه الصورة أيضًا لعدم موافقة القبول للإيجاب مما يخل بحقيقة العقد الذى يعتبر التوافق بين الإرادتين من الأركان الأساسية المكونة له، وبها يظهر الارتباط بين الإيجاب والقبول، ومع هذه المخالفة لا يتحقق الارتباط المنشود إلا إذا قبل العاقد الأول، فإن العقد ينعقد ويعتبر الكلام الصادر من القابل أولاً إيجابًا جديدًا، فإذا قبله الموجب الأول يعتبر قبولاً، وبهذا يصح العقد.

واعتبار موافقة القبول للإيجاب اشترطها الفقهاء لإتمام العقد، ولم يخالف فى ذلك أحد.

إلا أن البعض يشترط أن تكون هذه الموافقة موافقة حقيقية، ويعتبرون الموافقة الضمنية مانعة من إتمام العقد، وذلك كما إذا قال ولى الزوجة للزوج: زوجتك ابنتى بألف، فقال الزوج: قبلت نكاحها بألف وخمسمائة، فالألف الذى أوجبها الولى داخلة فى قبول الزوج، ولكن توجد مخالفة بين الإيجاب والقبول، ولو فى الصورة، وعلى هذا لا تتحقق الموافقة المطلوبة، فلا ينعقد العقد؛ لأن هذه المخالفة تعتبر ردًا للإيجاب، وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة والزيدية[1].

---

[1] وللأباضية فى هذه المسألة قولان: قول بأن البيع ينعقد، وآخر بأنه لا ينعقد لتعرف الصيغة على المشترى، النيل وشفاء العليل ٢/٤٧١.

أما الحنفية فإنهم وإن كانوا يقولون باشتراط موافقة القبول للإيجاب كغيرهم من الفقهاء، إلا أنهم يرون أن الموافقة الضمنية كافية لتحقيق هذا الموقف وبها يتم الارتباط بين الإيجاب والقبول، وينعقد العقد[١] .

وذلك كما إذا كان فى المخالفة مصلحة للموجب، كما إذا أوجب البائع بثمن فيقبل المشترى بثمن أكثر منه بأنه يقول: بعتك دارى بألف، فيقول المشترى: اشتريتها بألفين.

أو يوجب المشترى بثمن ويقبل البائع بثمن أقل منه؛ مثل أن يقول المشترى اشتريت سيارتك بخمسة آلاف، فيقول البائع: بعتها بأربعة آلاف، فإن العقد ينعقد مع وجود هذه المخالفة الصورية فإنها تعتبر موافقة؛ لأن البائع حينما قبل البيع فى الصورة الأولى لداره بألف وأوجب ذلك بقبول المشترى لها بألفين أتم وآكد.

وتعتبر هذه زيادة فى الثمن لا تدخل فى ملك البائع إلا إذا قبلها فى مجلس العقد لأن المشترى لا يستطيع أن يدخل فى ملك البائع شيئًا بدون رضاه وموافقته.

وفى الحالة الثانية، وهى ما إذا طلب وأوجب المشترى بثمن فيقبل البائع ثمنًا أقل منه، يعتبر حطًا من الثمن، وفى ذلك مصلحة الموجب، وهو المشترى، ولا يتوقف ذلك على قبوله لأن الحط من قبيل الإسقاط، وهو تصرف يستبد به المسقط؛ إلا أنه قد يرتد، فإذا قال المشترى: لا اقبل هذا الحط، لزم البيع بالثمن الذى حدده فى إيجابه.

أما إذا قبل المشترى بعض المبيع ببعض الثمن، فإذا كان يمكن تفريق الثمن على المبيع يجوز البيع، وإذا كان ذلك مثليًا لا يختلف بعض

---

(١) انظر: المادة ١٧٧ / ١٧٨، من مجلة الأحكام العدلية بشرح محمد سعد المحاسنى، ١٤٨/١، ١٤٩.

أجزائه عن بعض، كما إذا قال البائع للمشترى: بعتك عشرة أردب من القمح بمائة جنيه فقال قبلتها شراء خمسة أردب بخمسين جنيهًا، وأوجب البائع فإنه يصح العقد ويتم، ويلاحظ هنا أنه لابد من قبول جديد ويعتبر القبول من المشترى إيجابًا مقيدًا يحتاج إلى قبول البائع.

أما إذا لم يكن تفريق الثمن على أجزاء المبيع، كما إذا أوجب البائع فى سيارتين مختلفتين نوعًا وقيمة فقال: بعتك هاتان السيارتان بعشرين ألف فقبل المشترى البيع فى إحداهما ولم يبين الثمن فإن البيع لا يتم ولا يجوز لجهالة الثمن حينئذ، أما إذا قبل البيع فى إحداهما وعينها وبين الثمن، فقال البائع: بعت، فإن البيع يتم وينعقد العقد، ويعتبر قبول المشترى إيجابًا جديدًا، ولا يعتبر ذلك تفريقًا للصفقة على البائع؛ لأنه أمكن تصحيح العقد بهذا الاعتبار.

ورأى الحنفية فى هذا كرأى الجمهور فيما إذا قبل المشترى غير ما أوجبه البائع وكذلك إذا قبل المشترى يعتبر ما أوجبه البائع، كما فى الأمثلة السابقة عند ذكر رأيهم، فإن البيع لا ينعقد لعدم توافق الإرادتين على محل واحد، فانعدم الرضا المشروط لإتمام العقد لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[1]. ويقول الرسول الكريم ﷺ : «إنما البيع على تراض»[2].

وقد أخذ القانون المدنى المصرىالمستمد من القوانين الغربية بهذا

---

[1] سورة النساء، من الآية ٢٩.

[2] الضياء المقدس فى المختارة، كنوز الحقائق على هامش الجامع الصغير ٧٥/١، والجامع الصغير ١٠٢/١، رواه ابن ماجة عن ابن سعيد، وهو حديث حسن، ورواه أبو داود، انظر: فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٢٨٩/٤.

الشرط، فاعتبر الموافقة بين الإيجاب والقبول أمر لابد منه لانعقاد العقد، ومال إلى ما أخذ به الجمهور من اعتبار الموافقة الحقيقية هى المطلوبة[١]

ورأى الحنفية أولى بالاعتبار وأدق فى الفهم وأرعى لمصلحة المتعاقدين مما ذهب إليه جمهور الفقهاء والقانون بجعلهم الموافقة الضمنية تكفى لإثبات رضا المتعاقدين وتحقيق موافقة القبول للإيجاب، وفى ذلك البائع يكون للموجب مصلحة للعاقد الآخر سواء كان ذلك البائع أو المشترى، وما حصل من الحط من الثمن فيه مصلحة المشترى وما حصل من الزيادة فى الثمن إذا قبلها البائع ملكها، وإن لم يقبلها لا تدخل فى ملكه، وليس فى ذلك ضرر لأى من العاقدين، بل كل منهما قد انتفع؛ فالمشترى بقى له ماله، والبائع لم يتعرض له المشترى عليه.

## ١٥ ـ اتحاد مجلس العقد :

بعد أن بينا أن ركن العقد هو الإيجاب والقبول، وحددنا الصيغة التى يتم بها ذلك، وأنه لتوافق الإرادتين وتلاقى الرغبتين حتى يتحقق الرضا المشروط لإتمام العقد لابد من توافق القبول مع الإيجاب، سواء كان ذلك التوافق حقيقيًا أم ضمنيًا، نرى الفقهاء يشترطون لذلك اتحاد مجلس العقد الذى يقع فيه الإيجاب والقبول من المتعاقدين، وهو المكان الذى يوجدان فيه، ويبدأ وقت المجلس من حين صدور الإيجاب ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد فلو تبدل المجلس أو تغير ولو تغير حكميًا باشتغال القابل لما كان فيه ثم قال بعد ذلك قبلت لا ينعقد العقد، وإن قام أحدهما وترك المكان الذى تم فيه الإيجاب انقضى مجلس العقد، وكذلك إذا رد العاقد الآخر على الإيجاب قبولاً أو رفضًا يعتبر ذلك فضًا للمجلس،

---

(١) انظر: مصادر الحق للدكتور السنهورى ٤٨/٢، وانظر: نظرية العقد للسهورى، ص ٢٧٥، ف٢٧٥.

فإذا قبل بعد ذلك كان إيجابًا مبتدأ يحتاج إلى قبول مبتدأ من العاقد الأول في مجلس الإيجاب الجديد.

وإنما يشترط اتحاد المجلس للانعقاد والعقد لأنه إذا صدر الإيجاب من العاقد ثم وقع القبول من العاقد الآخر يقع في وقت انعدم فيه الإيجاب من زمان وجوده، فيوجد القبول والإيجاب منعدم، وفي اعتبار ذلك سد لباب التعاقد، فتوقف الإيجاب مع القبول حكمًا في مجلس العقد، والمجلس جامع للمتفرقات، فجعل جامعًا لشرطي العقد.

غير أن الشافعية يشترطون لتحقيق اتحاد مجلس العقد أن يتم القبول فور الإيجاب، وأن يكون مباشرًا له حتى لو فصل بينهما بكلام لا يفصل بموضوع العقد يعتبر تغير للمجلس عندهم، فلو قال القابل قبلت بعد ذلك، يحتاج إلى إيجاب جديد.

أما إذا كان ما فصل به من كلام أو كلمة من مقتضيات العقد ومتعلقًا به، كما إذا سأل عن صفاته أو سمى الله أو حمده فإن ذلك لا يقطع القبول عن الإيجاب ويتم العقد ويصح.

والذي حمل الشافعية على اشتراط الفورية هو ما أثبتوه لكل من المتعاقدين من خيار المجلس حتى تكون الفرصة مواتية لها والمراجعة نفسها فيما يجنياه من ثمرة هذا العقد الصورية من القابل، بل إذا ظل في مجلس العقد ولم ينصرف عنه بالقيام أو للاشتغال بأمر آخر لا يرتبط بموضوع العقد، ثم قبل بعد ذلك، فإن العقد ينعقد لأنه يحتاج إلى وقفة للتأمل والتروي ليرى ما إذا كان ذلك العقد فيه مصلحة له أم لا تحقيقًا لليسر ودفعًا للعسر، قال الله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[1].

[1] سورة البقرة، من الآية ١٨٥.

ويسمون ذلك خيار القبول.

وبهذا يكون الحنابلة قد أثبتوا للعاقد القابل خيارين: الأول: خيار القبول بعد الإيجاب من العاقد الأول ماداما فى المجلس، والثانى: خيار المجلس بعد القبول منه ماداما فى المجلس كذلك؛ لأنهم يقولون بثبوت خيار المجلس للعاقدين مثلما يقول الشافعية.

ومن هذا تبين لنا أن القابل لا يجب عليه أن يقبل على الفور عند المالكية، بل له خيار القبول إلى أن يظهر منه ما يدل على الإعراض، سواء كان ذلك بالقيام من المجلس الذى يعتبر شرطاً لاعتبار القبول أو بالتشاغل بأمر آخر لا يتصل بموضوع العقد[1].

من هذا كله يظهر لنا أن اتحاد المجلس شرط لارتباط القبول بالإيجاب، حتى لا يكون له تأثير فى انعقاد العقد.

فإذا أوجب أحد المتعاقدين العقد كان على الآخر القبول فى المجلس، فإذا قام منه قبل القبول، أو ظهر منه ما يدل على الإعراض بالاشتغال بأمر آخر لا يتصل بموضوع العقد، ثم قبل بعد تلك، لا يعتبر ذلك القبول، ولا يؤثر فى انعقاد العقد؛ إلا إذا أوجب الموجب مرة أخرى. ويعتبر قبول القابل ابتداءً لمجلس جديد[2].

وهذا اتفاق بين الأئمة لم يخرج عنه أحد منهم، وما حصل من خلاف إنما هو فى مسألة جانبية متعلقة باشتراط اتحاد المجلس؛ وهى أن القبول هل يجب أن يكون على الفور أو أنه يكون على التراضى.

بالأول قال الشافعية؛ لأنهم يثبتون خيار المجلس لكل من المتعاقدين الذى يحصل عليه من خلال التروى والتأمل فى نتيجة العقد،

---

[1] شرح الحطاب على خليل ٤/٢٤٠، ٢٤١.

[2] شرح الحطاب على خليل ٤/٢٤٠، ٢٤١.

وما يكون فيه من فائدة تعود على كل واحد منهما. بالثانى قال الأئمة الثلاثة: مالك، وأبو حنيفة، وأحمد؛ لحاجة القابل التروى والتأمل؛ لأن المالكية والحنفية لا يثبتون خيار المجلس للمتعاقدين، وأثبتوا خيار القبول للقابل، وبذلك قال الزيدية والحنابلة، وإن كانوا قد ذهبوا لمثل ما ذهب إليه كل من المالكية والحنفية بإثبات خيار القول القابل؛ إلا أنهم قد زادوا عليه، فأثبتوا خيار المجلس لكل من المتعاقدين، كما قال بذلك الشافعية. ويمثل الذى قال به الأئمة الأربعة من اشتراط اتحاد المجلس لارتباط القبول بالإيجاب ذهب الزيدية الذين يرون رأيهم ويقولون بقولهم، فإذا حدث وقام القابل قبل القبول أو حصل منه ما يدل على الإعراض بالاشتغال فى أمر لا يكون له ارتباط بموضوع العقد ثم قبل، لا يكون لذلك القبول أثر[1] .

وللإباضية فى هذه المسألة قولان:

قول : بأن الإيجاب يبقى ملزمًا للموجب حتى ولو قام القابل من المجلس، وإن كان غائبًا فإنه ينتظر ويظل للإيجاب، قائمًا إلى أن يقوم، وكذلك إذا كان مجنونًا أو طفلاً يبقى الإيجاب للإفاقة والبلوغ.

وآخر: بمثل ما قال به جمهور الفقهاء من أن الإيجاب لا يكون ملزمًا للموجب إلا إذا قبل القابل قبل القيام من المجلس، أو قبل الاشتغال بما يدل على الإعراض عن موضوع العقد[2] .

---

[1] انظر: المنترع المختار ٣/٤، والبحر الزخار ٣/٢٩٨.

[2] انظر: النيل وشفاء العليل ٢/٤٧١، وفيه: ومن باع لواحد فقام بلا قبول ما لم ينكر أو لا يجوز بعد المجلس قولان، فعلى الأول نتاجه وعليه هل توقف لقبوله فلا تصرف فيها للبائع ما لم ينكر أوله المنابه عليه والبيع على قبول المشترى هل يجد عليه أو على الإنكار؟ أو لا؟ قولان: المختار الأول: يوقف البيع إن وقع الغائب أو طفل أو مجنون لقدوم أو بلوغ أو إضافة، وقيل يبطل بيع، وفى قبول أب أو خليفة عليهم قولان.

والأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء يترك فرصة للتروى والتـأمل للعاقد الآخر الذى ربما يكـون قد فوجـئ بإيجـاب العـاقد الأول، ولا يتـأتى ذلك إلا إذا كانت هناك فرصة للتفكير لا يتحقق إلا بمرور بعض الوقت ومادام المجلس قائمًا لا يظهر فيه ما يدل على الإعراض عن إنشاء العقـد، سـواء كـان ذلك بقيـام أحد العـاقدين أو ظهـور مـا يـدل علـى الإعـراض بالتشاغل عما كان فيه من موضوع العقد، فإنه يتم العقد ويتحقق مقصـود كل واحد منهما.

١٦ ـ وهنا مسألة تعرض لها الفقهـاء بـالذكر؛ وهـى مـا يعتبر بـه مجلـس الانعقاد منهيًا وما لا يعتبر به منتهيًا من الأفعـال لا أطيل بذكرهـا مخافة الاستطراد والإطالـة فـى هذا الموضـوع، ويمكن الرجـوع إليها فى مواطنها من كتب الفقه[1].

١٧ ـ وإذا قد انتهينـا مـن استعراض أقـوال الفقهـاء فـى اشـتراط اتحـاد المجلس لارتباط القبول بالإيجاب ليكون ذلك مؤثرًا في انعقاد العقـد، يجب أن نشير هنا إلى أن اتصـال القبول بالإيجـاب إنمـا هـو شـرط بالنسبة للعقود التى فيها مفاوضات مالية كالبيع والإجارة، وهناك من العقود ما لم يشترط فيها ذلك الشرط فيرتبط فيهـا الإيجـاب بـالقبول مع اختـلاف المجلس، بل إنـه إذا حصـل القبـول فـى المجلس قبل تحقيق حكمها لا يكون له تأثير فى انعقاد العقد، مثل ذلك:

١ـ عقد الوصية : فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت؛ وعلـى هذا لا يكون القبول فيها معتبرًا إلا فى الوقت الذى يثبت فيـه حكمهـا، فـإذا

---

(١) انظر : البدائع ٥ / ١٣٧، فتح القدير مع الكفاية ٥ / ٤٦١، البحر الرائـق ٥ / ٢٩٣ - ٢٩٤، وانظر المجموع للنووى ٩ / ١٩٢.

قبل الموصى إليه قبل الموت لا يكون لذلك القبول أثر، سواء كان ذلك في مجلس العقد أم في غيره، ولا يترتب على ذلك القبول تملك الوصي به، إلا إذا أحدث قبولاً جديدًا بعد موت الموصي، والوصية كذلك عقد غير لازم، يجوز للموصي الرجوع عنه متى شاء، وعلى هذا لا يكون للقبول قبل موته فائدة؛ لأنه عساه أن يرجع عنها.

٢- والإيصاء : وهو جعل الغير وصيًا في التصرف بعد موته، سواء كان ذلك في ماله أم في رعاية أولاده والنظر في شئونهم بعد موته. فإن الموصي لا يلزمه القبول بعد الإيجاب من الموصي، بل هو مخير بين القبول عدمه، وقبوله يكون صحيحًا سواء كان في حياة الموصي أم بعد وفاته، فإذا قبل وتصرف بعد موته جاز تصرفه وانعقد الإيصاء، وكان ملزمًا[1].

وكذلك عقد الوكالة[2] : يجوز فيه أن يكون القبول في غير مجلس الإيجاب من الموكل، بل إنه يجوز توكيل الغائب، فإذا علم بالوكالة وتصرف بعد قبوله، فإن العقد يتم ويكون تصرف الوكيل ملزمًا ونافذًا[3].

## ١٨ ـ عدم رجوع الموجب عن إيجابه

ومما يتعلق باشتراط اتصال القبول بالإيجاب وجوب بقاء الإيجاب من الموجب إلى أن يقبل القابل؛ لأنه إذا رجع في إيجابه قبل قبول العاقد فقد سحب الإيجاب وصار كأن لم يكن، فيعتبر القبول بعد ذلك ردًا على غير الإيجاب الذي يبنى عليه، فلا يرتبط بالإيجاب ولا يصح العقد لانتفاء

---

[1] انظر: كشاف القناع ٤٣٦/٤ وما بعدها.

[2] الوكالة : هي إقامة الغير مقام نفسه في تصرفه تصرف معلوم.

[3] انظر: محاضرات في نظرية العقد، لأستاذنا الدكتور محمد شعبان حسين، سنة ١٩٧٢ : ١٩٧٣،

شرط ركنه، ويبطل الإيجاب بالرجوع عنه صراحة أو دلالة بإعراضه عنه واشتغاله بأمر آخر[1].

ولا يترتب على ذلك الرجوع أى التزام شرعًا قبل الموجب؛ لأن الراجع قد استعمل حقه من غير أن يلحق ضررًا بالآخر؛ لأنه لم يثبت له حق يبطله الرجوع، وكل ما يثبت له من حق بعد الإيجاب من الموجب فهو حق أن يمتلك الشيء الذى وقع عليه الإيجاب أو يرفض ذلك، والذى أثبت له هذا الحق هو الموجب بسبب إيجابه، فيكون له الحق فى سحب هذه الولاية كما فى الوكالة، فإنه يجوز للموكل أن يعزل الوكيل، ثم أن حق التملك لا يثبت قبل القبول فرجوع الموجب قبل القبول لا يترتب عليه إسقاط حق لأحد، فيكون ذلك جائزًا له.

ولو قيل: إن الموجب بإيجابه قد أثبت حق التملك للقابل، فلو جاز رجوعه قبل القبول لسقط هذا الحق، وذلك لا يجوز.

فيجاب عن ذلك بأن حق التملك لا يعارض حقيقة الملك؛ لأنه ما يثبت للقابل إنما هو حق التملك لما وقع عليه الإيجاب، وهو مملوك للموجب ملكًا حقيقيًا، فلو لم يكن له حق الرجوع محافظة على حق القابل لكان فى ذلك إبطال حقيقة الملك الثانية للموجب بحق التملك الأضعف منه، ودلالة الإجماع تمنع ذلك وتنفيه.

ألا ترى أن للأب حق التملك لمال ولده عند الحاجة، وقبل تملك الوالد لمال ولده بالفعل فإنه يجوز للولد أن يتصرف فى ماله بجميع أنواع

---

[1] انظر المادة ١٨٤، من مجلة الأحكام العدلية مع شرحها لمحمد سعيد المحاسنى ١/١٥٣، ١٥٤، فيها: «لو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب وقبل القبول بطل الإيجاب، فلو قبل الآخر بعد ذلك فى المجلس لا ينعقد البيع مثلاً لو قال البائع: بعت هذا المتاع بكذا، وقبل أن يقول المشترى: قبلت هذا، رجع البائع، ثم قبل المشترى بعد ذلك، لا ينعقد البيع، وانظر البدائع ١٣٤/٥.

التصرفات، فكذلك هنا لا يمنع حق القابل في التملك رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول ولا يعارض هذا أن الإنسان إذا عجل زكاة ماله وسلمها للساعي قبل تمام الحول، فإنه لا يملك الحق في استرجاعها لتعلق حق الفقير لها، وكذا لو قضى المكفول عنه المال إلى الكفيل قبل أن يعطي الكفيل إلى صاحب المال شيئًا، ليس للمكفول عنه أن يرجع على الكفيل؛ لتعلق حق الكفيل به، على اعتبار قضاء الدين من ماله، فقد بطل؛ إذ الملك بحق التملك، فكذلك ما نحن فيه، والفرق أن الأصل الموجب للدفع في صورة الزكاة قائم، وهو تمام السبب، وهو ملك النصاب، وما تخلف إلا الوصف، وهو النماء الذي يكون بحولان الحول، فإذا عجل الزكاة كان ذلك بعد تمام سببها، فلا يملك أن يستردها.

وأما في الكفالة فلأن الكفيل وجب له على المكفول عنه، مثل ما وجب للطالب عليه، ولهذا صح إبراء الكفيل للمكفول عنه قبل إزاء الكفيل والإبراء عن المدين قبل الدين لا يصح إلا أن المطالبة تتأخر إلى وقت الأداء، فتكون بمنزلة الدين المؤجل فملكه بقبضه.

أما في صورة البيع فالموجود ليس هو كل السبب، بل هو جزء السبب، وهو الإيجاب فقط؛ لأن البيع إنما يتم بالإيجاب والقبول، فقبل تمامه بالقبول من القابل، يملك الموجب حق الرجوع[1].

١٩ - وقد أثبت حق الرجوع للموجب جمهور الفقهاء من الحنفية

---

[1] انظر: فتح القدير مع الكفاية ٥/٤٦٠، ٤٦١، والبحر الرائق ٥/٢٨٤، وفيه: «وللموجب أن يرجع لخلوه عن إبطال حق الغير لأن الموجب أثبت له حق أن يتملك مع ثبوت حقيقة الملك له، والحقيقة مقدمة على الحق، ولابد من سماع الآخر رجوع الموجب، كما في التاتارخانية في التتمة يصح الرجوع وإن لم يعلم به الآخر» وفيه أيضًا ص٢٩٥ «الحاصل على أن الإيجاب يبطل بما يدل على الإعراض وبرجوع أحدهما عنه وبموت أحدهما» انظر: الميداني على هامش الجوهرة [illegible].

والشافعية والحنابلة والزيدية، بأية صيغة كان الإيجاب سواء كان ذلك بصيغة الماضى أم المضارع، وأثبتته كذلك المالكية إذا كان بصيغة الماضى، وأما إذا كان بصيغة المضارع والأمر فإنه يجوز للموجب الرجوع عند المالكية، وإذا قال لا أريد البيع ويحلف على ذلك.

وكذلك عند المالكية يملك الموجب الرجوع فى عقود التبرعات وفرقوا بينهما وبين عقود المفاوضات، وقالوا إن الموجب يلتزم بإيجابه فى عقود التبرعات، ولا يجوز له الرجوع عن الإيجاب لأنها معروف، والمعروف من أوجبه على نفسه لزمه، سواء أشهد على ذلك أم لا فى الصحيح من المذهب.

وإذا لم يصر على إيجابه إلى قبول القابل ورجع قبل ذلك، لا يكون لذلك القبول أثرًا، ولا يرتبط به القبول بالإيجاب؛ لأنه يكون بعد سقوط الإيجاب وعدم بقاء أثره[1].

هذا وإثبات هذا الحكم، وهو عدم التزام الموجب بإيجابه ما لم يقبل الطرف الآخر عند جمهور الفقهاء أو باستثناء عقود التبرعات وما كان الإيجاب فيه بصيغة الماضى فى عقود المعارضات كما يرى المالكية، لا يعنى أن هذا الحكم ثابت فى جميع العقود، بل هناك من العقود ما اتفق الفقهاء على أن الموجب يلتزم بإيجابه ولا يملك الرجوع عنه، ما لم يرفض الطرف الأخر.

وليس ذلك راجعًا إلى صيغة العقد فى ذاته، ولكنه راجع المعنى الآخر، وهو أن هذه العقود اشتملت على معنى لا يقبل الرجوع، مثل كونه

---

[1] انظر شرح الحطاب ٢٣٢/٤، وانظر: تفسير القرطبى ٣٥٧/٣، عند تفسير قوله الله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾.

يمينًا أو إسقاطًا أو غيرها مما لا يملك من أنشأه الرجوع عنه، من هذه العقود: تمليك المراة أمر نفسها والخلع والعتق على مال.

أما بالنسبة لتمليك المرأة أمر نفسها، وهى التى ملكها زوجها طلاقها بقوله: اختارى أمر نفسك، فإن الزوج يتقيد بذلك مادامت المرأة فى المجلس، ولا يملك الرجوع فيه لأنه طلاق معلق على قبولها؛ أى إسقاط والإسقاطات المعلقة لا يجوز الرجوع فيها. وأما بالنسبة للخلع والعتق على مال، فإن الخلع يعتبر يمينًا من قبل الزوج معاوضة من قبل المرأة، والعتق يعتبر يمينًا من قبل السيد معاوضة من قبل العبد، واليمين التزام لا يصح الرجوع فيه.

ويبطل كل منهما بقيام المرأة والعبد؛ لكونه معاوضة فى حقهما[1].

## ٢٠ ـ سماع كل من العاقدين كلام الآخر وفهمه

بعد أن اتضح لنا أنه لابد لانعقاد العقد من تلاقى الرغبتين وظهور ما يدل على الرضا فيوافق الإيجاب والقبول وعدم اختلافهما واتصال الإرادتين ويتحقق ذلك باتحاد المجلس وعدم رجوع الموجب عما أوجبه وإصراره على إيجابه وإنما يتأتى كل ذلك بسماع كل من العاقدين كلام الآخر وفهمه للمراد منه إذا كانا حاضرين فى المجلس.

فلابد أن يعلم القابل إيجاب الموجب ويفهم سواء كان ذلك بالسماع لما يلفظ به، أم برؤيته له إن كان بإشارة أو فعل، وبذلك يتحقق كون ما يصدر عنه قبولاً وبالمثل يجب أن يعلم الموجب قبول لاقابل بصورة من صور العلم السابقة التى تدل على الرضا حتى يتحقق الارتباط بين الإيجاب والقبول، وتتفق الإرادتان على موضوع العقد.

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٤/٢٢، والبحر الرائق ٥/٢٩٤، س١١.

وعلى هذا فلو صدر إيجاب من أحد المتعاقدين ولم يسمعه الآخر إذا سمعه، ولكنه لم يفهم معناه بأن كان بلغة لا يجيدها أو صدر قبول القابل ولم يسمعه الموجب أو لم يفهم ما وقع منه، لا ينعقد العقد لعدم تحقيق الارتباط بين العبارتين المكونتين للعقد.

وسماع كل من العاقدين كلام الآخر أو فهمه لفعله، إنما يشترط في العاقدين الحاضرين.

أما إذا كان أحدهما غائبًا فإن الارتباط بين الإيجاب والقبول يكون بمجلس المبعوث إليه الكتاب أو المرسل إليه الرسول.

وقد تجاوز الأباضية فلم يشترطوا سماع كل من العاقدين للآخر واكتفوا بالعلم فقط بل لم يشترطوا اتحاد المجلس لارتباط الإيجاب بالقبول[1].

والحنابلة حينما يتكلموا عن اشتراط اتحاد المجلس لارتباط القبول بالإيجاب ويفرقون بين حضور المتعاقدين وغيابهما بالكتابة إليهما أو إرسال رسول إليهما باعتبار مجلس وصول الرسول أو الكتاب هو مجلس العقد، بحيث لو حصل التفرق قبل الإجابة أو الكتاب والقبول، لا يعقد بهذا القبول[2].

وفيما ذهب إليه الفقهاء من اشتراطات بالسماع لارتباط القبول بالإيجاب وظهور ما يدل على التراضي لانعقاد العقد وعدم اعتبار رأى من خالف في ذلك؛ مراعاة لحال المتعاقدين والتحقق من تراضيهما.

---

[1] انظر: النيل وشفاء العليل ٢/٤٧١.

[2] انظر: كشاف القناع ٣/١٣٧ وشرح الحطاب ٤/٢٣٥ - ٢٤١، ومما يؤيد ما ذهب إليه الشافعية من اشتراط السماع ما جاء في فتح الوهاب ١/١٥٨ من قوله: «وإن يتلفظ بحيث يسمعه من بقربه وإن لم يسمعه صاحبه».

ورأى أن اعتبار السماع بالقوة مادام السمع عادة لا يعد كافيًا لتحقق رضاهما بالعقد؛ لأن الرضا إنما يتأتى بالسماع الحقيقي لكل من المتعاقدين لكلام الآخر، وفهمه المراد منه حتى يتم التوافق بين القبول والإيجاب وتتلاقى الرغبتان وهذا أمر ضمني لصحة الإيجاب والقبول وانعقاد العقد.

## ٢١ ـ التعاقد بالتعاطى :

التعاطى فى اللغة التناول، والمعاطاة المناولة، كما فى القاموس والصحاح والمصباح.

وفى عرف الفقهاء: وضع الثمن وأخذ الثمن عن تراض من الطرفين من غير لفظ، وقد يكون بقبض أحد البدلين، وقد يكون بقبول من أحد المتعاقدين وفعل من الآخر.

وهناك صور متعددة لهذا النوع من العقود الذى يتم بالتناول والتعاطى بدون تلفظ بالصيغة المعبر عنها بالإيجاب والقبول.

وقد اختلف الفقهاء فى صحة التعاقد بالتعاطى، وبعضهم أجازه مطلقًا فى جميع البيع والإجارة وغيرها، سواء فى ذلك نفيس المال وحقيره.

ومنهم من أجازه فى الحقير دون النفيس، ومنهم من منعه مطلقًا فلم يجز انعقاد العقد بالتعاطى فى شىء أصلاً.

الأول : ذهب إليه المالكية والحنابلة وابن تيمية، وهو مختار، فذهب الحنفية والشافعية وقول للأباضية والجعفرية، فأجازوا انعقاد العقد بالتعاطى، سواء ذلك نفيس المال وحقيره؛ لأن العبرة فى صحة العقد

وانعقاده إنما هو الرضا المطلوب شرعًا؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1] فإذا تحقق الرضا بأية وسيلة انعقد العقد، سواء كان ذلك بالصيغة المعبرة عنهما بالإيجاب والقبول لفظًا أم بغيرها؛ لأن الرضا أمر باطني يحتاج إلى ما يظهره ويبرزه، فقد يكون ذلك باللفظ المعبر عنه باللسان.

إن الكلام لفي الفؤاد وإنما جعل اللسان على الفؤاد دليلا

وقد يكون بالكتابة، كما يكون بالإشارة من غير القادر على النطق، بل ينعقد بهما من القادر عليه أيضًا في رأي بعض الفقهاء مادامت تدل على الرضا، وقد يكون ذلك بالفعل الذي يطلق عليه التعاطي.

والتعاطي من الأفعال التي تدل على رضا المتعاقدين ورغبتهما في التعاقد والتبادل، ويجري التعامل بذلك في الأسواق، فتعرض السلع في المحلات التجارية، ويذهب الراغب فيها فيحملها ويدفع ثمنها إلى البائع ويمضي إلى حال سبيله، أفلا يكون تقديم الثمن من المشتري المعلن على السلعة بمثابة قوله: "بع لي"، وقبوله من البائع مع تسليمه الثمن بمثابة قوله: "بعت لك" أو "قبلت".

فالعقد ينعقد بكل ما يدل على الرضا؛ لأن العقود شرعت لمصالح الناس والتيسير عليهم فيما يؤدي إلى ذلك، ويظهر إرادة المتعاقدين فيعقد به العقد مادام لا يعارض نصًا من النصوص الشرعية ولا يخالف أمرًا من أوامرها[2].

---

[1] من الآية ٢٩ من سورة النساء.

[2] الدسوقي، ٤.

والحنفية يجيزون البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس من الأشياء، ولا يشترطون قبض البدلين لإتمام العقد، بل أن العقد يتم عندهم ولو لم يتم إلا قبض أحد البدلين، ويعتبر ذلك كافيًا لإتمام التعاقد[١].

الثاني: ما ذهب إليه الكرخي من الحنفية وابن سريج والروياني من الشافعية؛ حيث حصروا البيع بالتعاطي بالمحقرات، وهي ما جرت العادة فيها بالمعاطاة، كرطل خبز وحزمة بقل، ومثل ذلك عن القاضي من الحنابلة ووافقه ابن الجوزي[٢].

الثالث : ما ذهب إليه ابن حزم من الظاهرية من أنه لا يجوز البيع بالتعاطي والمبادلة مطلقًا سواء في ذلك نفيس المال وحقيره وبمثله قال الزيدية وهو رأي للإمامية الجعفرية والأباضية.

وقد رجح هذا القول الأخير وهو الانعقاد بالفعل وساق على ذلك عدة من الأدلة جامع فقه الإمام جعفر الصادق محمد جواج مغنية[٣]. وما ذهب إليه هذا الفريق من أن العقود لا تنعقد إلا بالصيغة ولا تنعقد

---

[١] انظر فتح القدير مع الكفاية ٥/٤٦٠.

[٢] انظر نهاية المحتاج ٣/٣٦٤، وانظر المجموع للنووي ٩/١٧١ وما بعدها، وانظر مغني المحتاج ٢/٣-٤، وانظر حاشية الباجوري ١/٣٤١، وفيها تعليق على قول ابن القاسم العزي ولابد في البيع من إيجاب وقبول. «قوله ولابد في البيع...إلخ» أي لأن البيع منوط بالرضا وهو أمر خفي فاعتبر ما يدل عليه من لفظ ونحوه كالكتابة وإشارة الأخرس فلا يصح البيع بالمعاطاة، ويرد كل ما أخذه إن بقي، وبدله إن تلف، ولا مطالبة به في الآخرة لطيب النفس به، واختار النووي جماعة صحة البيع بها في كل مكان ما يعده الناس بيعًا لأن المدار فيه على رضا المتعاقدين.

وخصص بعضهم جوازه بالمحقرات كرغيف عيش ونحوه ويتبقى تقليد القائل بالجواز للخروج من الإثم فإنه مما ابتلي به كثير، ولا حول ولا قوة إلا بالله حتى إذا أراد من وفقه الله تعالى إيقاع صيغة اتخذه الناس سخرية.

[٣] فقه الإمام جعفر الصادق، جمع محمد جواد مغنية ٣ / ١٥ - ١٦.

بالتعاطى والتبادل فيه من التضيق على الناس وما فيه وما ذكروه من أن الأسماء كلها توفيقية من الله تعالى لاسيما أسماء أحكام الشريعة التى لا يجوز فيها الاحداث ولا تعلم إلا بالنصوص بحجة أن الله تعالى : ﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الأَسْمَاءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى المَلائِكَةِ فَقَالَ أَنبِئُونِي بِأَسْمَاءِ هَؤُلاءِ إِن كُنتُمْ صَادِقِينَ * قَالُوا سُبْحَانَكَ لا عِلْمَ لَنَا إِلا مَا عَلَّمْتَنَا﴾[1] .

وذهابهم بأنه متى أخذ مال بغير الاسم الذى أباح الله تعالى به أخذه يكون باطلاً بنص القرآن[2] .

وهذا الذى ذهبوا إليه قول بغير دليل فالعقود ليست من الأمور التعبدية، بل وليست فيها معنى العبادة وكون التعبير عنها جاء فى القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريعة بأسلوب معين.

فليس معنى هذا أنه لا يجوز التعبير عنها بغير هذه العبارات ولا يجب الالتزام بها أو التمسك بألفاظها بحيث لا يجوز العقد بغيرها والانصاف الأمر على الناس لإدراكهم الحرع وكل ما هو مطلوب إنما هو التراضى الذى كما يتم القول يتم أيضًا بالفعل الذى يعتبر أكد فى حصول المراضاه المطلوبة ومقصود الشريعة من تحقيق اليسر والسهولة البعد عن العصر يتأكد بالأخذ تغيير هذا الرأى.

وقد استثنى جمهور العلماء الذين يقولون بجواز التعاطى فى العقود عقد النكاح فلا يجوز فيه المعاطاه باء جماع لما لهذا العقد من الخطر وما له من الأثر فى حياة البشر فضلاً عن أنه يحتاج إلى الإشهار فيه الاتفاق بين الفقهاء.

---

[1] الآية ٣١ - ٣٢ من سورة البقرة.

[2] انظر المحلى لابن حزم ٥ / ٤٠٤.

وذلك لا يتأتى إلا بالصيغة والاستماع إليها عند العقد ولأن كما ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة أما المالكية فيكتفون بالشهادة عند الدخول والإعلان إن لم توجد عند العقد ولأن الأصل فى الأموال الإباحة والأصل فى الإبضاع الحرمة فلهذا أو غيره لم يجز النكاح إلا بالإيجاب والقبول لفظًا بين الحاضرين أو الكتابة فى حالة الغيبة.

والمذهب الأول الذى يرى أن العقود كما تنعقد بالألفاظ المعبر عنها بالإيجاب والقبول تنعقد كذلك بالتعاطى والتبادل بين المتعاقدين أرجح لقوة الأدلة التى ذكرت عند عرض آرائهم ولأنه يتمشى مع امتازت به الشريعة الإسلامية من السهولة واليسر وترك الأمور التى لم تشرع فيها عبارات مخصوصة لعرف الناس وعاداتهم تحقيقًا لمصالحهم على الوجه الأكمل مادامت هذه العادات والأعراف لا تصادم نصًا من نصوص الشريعة ولا تتعارض معها، وإذا وقعت هذه العقود بالتعاطى فيجب الوفاء بها مصداقًا لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١]، وقوله سبحانه تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾[٢].

## ٢٢ ـ التعاقد بالكتابة حال حضور العاقدين :

صيغة العقد التى تدل على إرادة المتعاقدين وتراضيهما وتلاقى رغبتهما فى إتمام التعاقد وتحقيق ما فيه مصلحتهم تتحقق بالعبارة باتفاق الفقهاء، ولم يخالف فى ذلك أحد منهم، كما تتحقق بالتعاطى على الراجح عندهم كما سبق.

---

(١) من الآية ١ من سورة المائدة.

(٢) من الآية ٣٤ من سورة الإسراء.

فهل تتحقق بالكتابة بدل العبارة مع حضورهما ومع قدرتهما عليه؟ بأن يكتب أحدهما للآخر: "بعتك داري بعشرة آلاف جنيه" على ورقة ويدفعها إليه فيقرؤها ويفهمها، ثم يعيدها إليه وقد كتب عليها: "اشتريتها"، فهل ينعقد العقد بذلك؟

ذهب المالكية والحنفية والحنابلة، وهو مختار الشافعية ورأى للزيدية إلى جواز إنشاء العقود بالكتابة بين الحاضرين مع القدرة على النطق بالعبارة، وأنه توجد بذلك صيغة العقد؛ لأن الصيغة هي ما تدل على رضا المتعاقدين والمظهرة لإرادتهما، ولاشك أن الكتابة تؤدى هذا المعنى على أتم وجه؛ لأنها تسجيل على الورق لما يجرى في النفس، فتؤدى الكتابة ما تؤديه العبارة، وتظهره، واستثنوا من ذلك عقد النكاح لأن من شروط الصحة في انعقاده عند جمهورهم أن يسمع الشهود كلام العاقدين، فلو كتب رجل لامرأة: "تزوجتك" أو كتبت هي له "تزوجتك". وهما حاضران في المجلس، فقالت أو قال هو: قبلت، لا ينعقد النكاح بينهما، وكذا لو كتب لها أو كتبت له بالقبول؛ لعدم سماع الشهود.

أما الظاهرية والأباضية ومختار الزيدية ينعقد العقد بالكتابة، ولابد من اللفظ إلا عند العجز عنه، فما داما قادرين على العبارة لا يجوز تغيرها.

ومجلس العقد هو الذى حصل فيه الإيجاب، فإذا افترق قبل القبول بطل الإيجاب.

أما الظاهرية ومن معهم فحجتهم كما وردت في كتبهم أنه لم يرد من الشرع إلا بالألفاظ. فلا ينعقد إلا بهما هذا ما ذكره ابن حزم في المحلى[1].

---

(1) البحر الزخار ٢٩٨/٣، والمحلى لابن حزم ٤٠٤/٥.

ورأى الفريـق الأول الـذى يـرى أن العقـد ينعقـد بالكتابـة مـن الحاضرين بعبارتهما أجدر بالنظر وأولى بالاعتبار لأن فى كل منهما دلالة على الرضى وتعبير عن الإرادة، والعقد ينعقد بما يعده الناس عقدًا بـأى لغة وبأى لفظ كان، بالطريقة التى يختارها المتعاقدان: بالكتابـة أو العبـارة، وسواء فى ذلك عقد البيع وعقد الإجارة، وغيرهما من العقود مادامت هذه الطريقة تؤدى إلى مقصودهم ومحصلة لغرضهما ولا عـبرة بمـا احتـج بـه مخالفوهما لأنه لا سند لهم من شرع ولا من عرف.

**التعاقد بالكتابة حال الغيبة:**

هذا حكم التعاقد حال حضور المتعاقدين، وأما حكم التعاقد بالكتابـة وكذا بالرسالة فى حال غيبتهما وافتراقهمـا وبعدهمـا فـلا نعلـم، خلافًـا بيـن الفقهاء فى صحة التعـاقد بهمـا إلا مـاروى عـن الأباضيـة مـن عـدم جـواز انعقاد العقد بالكتابة إلا من أخرس أو ممنوع من الكلام[١].

وما ذهب إليه الفقهاء أخذ باليسر ودفع العسر لأن ذلك هو الوسيلة المستطاعة لإجراء العقد وحصول كل إنسان على ما يريد ولو لم يجز ذلك لوقع الناس فى حرج وضيق، لعدم القدرة على أن يجد الإنسان الثقـة الـذى يوكله عنه فى مباشرة العقد فى المكان الذى فيه العاقد الآخـر وقـد توسـع الفقهاء فى إجازتهم صحة التعاقد حال الغيبة بالكتابة وكـذا بالإرسـال حتـى أباحوا عقد النكاح بهما.

## ٢٣- مجلس العقد فى الكتابة للغائب

ومجلس العقد فيهـا هـو مجلـس بلـوغ الكتـاب وأداء الرسـالة، فـإذا وصل الكتاب وقراءة المكتوب إليه وفهمـه وجـب عليـه القـول فـى مجلـس

---

(١) انظر المصدر السابق.

العقد وكذلك إذا أبلغه الرسول وأخبره فإذا انصرف من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب لأن التعاقد بالكتابة والرسالة ليس بأولى من العبارة وفى العبارة إذا انصرف أحد المتعاقدين من المجلس أو ظهر منهما ما يدل على الإعراض بالتشاغل بما يعده الناس إعراضًا، بطل الإيجاب، فكذلك هنا، وليس هناك من فارق سوى أنه إذا كتب إلى المرأة يطلب يدها فقرأت الكتاب ثم طوته وقامت من المجلس قبل القبول ثم قرأته فى مكان آخر أمام الشهود وأعلنت قبولها فإن النكاح ينعقد؛ لأن وجود الكتاب فى يدها يعتبر كوجود الزوج الموجب فلا يبطل؛ فإعادة قراءة الكتاب يعتبر تكرارًا للإيجاب فيعقد العقد.

## ٢٤ ـ الموجب فى التعاقد بالكتابة وهل يملك الرجوع ؟

أثبتنا فى التعاقد بالعبارة أن الموجب فيها يملك الرجوع عن إيجابه قبل القبول لخلوه عن إبطال حق الغير، وكذلك هنا فإنه يصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذى كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله، سواء علم العاقد الآخر أو لم يعلم حتى لو قبل بعد ذلك لا ينعقد العقد.

لأن التعاقد بالكتاب أو الرسالة ليس بأولى من التعاقد بالعبارة، وفيها يجوز له الرجوع فكذلك هنا، بخلاف الوكيل إذا أحد للبيع أو الشراء ثم باع واشترى قبل العلم بالعزل فإن بيعه وشراءه ينفذ ما لم يعلم بالعزل لأن حقوق العقد ترجع إليه، فيتضرر إذا لم ينفذ تصرفه، وعلى هذا الجواب فى الإجارة والهبة.

فنرى المالكية يعتبرون فى انعقاد العقد انعقاده بكل ما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما، لا فرق فى ذلك

بين حاضر وغائب في اتخاذ الوسيلة التي يراها العاقدان موصلة إلى المقصود في إظهار إرادتهما وتحقيق رغبتهما[١].

إذ المقصود بتحقيق الرضا في التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما، فتلغي دلالاة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل[٢] أو كتابة.

ومن هذا يظهر لنا أنه لا فرق في التعاقد بين ما إذا كان التخاطب والعبارة وما إذا كان بالكتاب والرسالة ففي كل إظهار لرغبة المتعاقدين وإبراز لإرادتهما في إتمام العقد ومعبرة عن رضائهما غير أنه إذا كان بالعبارة فإنه لا يتوقف شطر العقد على قبول الغائب، فإذا أوجب العاقد الأول ثم قام عن الجلس بطل إيجابه؛ لأن اتحاد المجلس شرط لتلاقي القبول مع الإيجاب.

وفي التعاقد بالكتاب والرسالة يتوقف على قبول الغائب لأن ما في الكتاب إنما هي عبارة الموجب والرسول ما هو إلا سفير معبر فإذا سمع الغائب عبارة الرسول، أو قرأ ما في الكتاب فكان الموجب يتحدث بنفسه فيكون للغائب خيار القبول ما دام في المجلس إن شاء قبل هذا الإيجاب وبذلك يتم العقد، وإن شاء رفضه لأنه لا إلزام عليه بسبب هذا الإيجاب، وفي مسألة التزويج يظهر الفرق واضحًا من النص فإنه أبرزه في صورة لا تحتاج إلى تعليق[٣] .

فالحنفية أثبتوا في كلتا الحالتين للمكتوب إليه خيار القبول وللمرسل

---

[١] انظر حاشية على الدسوقي الشرح الكبير ٣/٣، وانظر النص في الفصل السابق.

[٢] انظر شرح الحطاب ٢٢٨/٤، ٢٢٩.

[٣] انظر فتح القدير مع الكفاية ٤٦١/٥، وانظر الباب الميداني على هامش الجوهرة ١٨٤/١، حاشية بن عابدين ١١/٤.

والكاتب خيار الرجوع ولم يفرقوا بين عقد النكاح وغيره في صحة الدين الانعقاد بالكتابة والإرسال.

ننتقل إلى النصوص عند الشافعية الذين يرون أن الانعقاد بالكتابة من باب الكناية، فينعقد بها العقد مع النية بشروط القبول من المكتوب إليه حال الاطلاع ليقترن بالإيجاب بقدر الإمكان لاشتراطهم الفورية مع إثبات خيار المجلس له وخيار الرجوع للكاتب ممتدًا إلى أن ينقطع خيار صاحبه. و رجع قبل مفارقة المكتوب له مجلسه صح رجوعه ولا ينعقد العقد[1].

وما ذهب إليه الأباضية من عدم جواز إنشاء العقود بالكتابة من القادر قول غريب لا يتفق مع الكتابة من أثر في حياة الأفراد والأمم يعتمدون عليها في إثبات حقوقهم امتثالاً لأمر الله سبحانه وتعالى؛ حيث يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[2]. واعتمد عليها سيدنا رسول الله ﷺ في تبليغ الدعوة، فأرسل الرسل بالكتب إلى النجاشي وهرقل والمقوقس وغيرهم، يدعوهم إلى توحيد الله ونبذ عبادة الأوثان والإخلاص لله الواحد الديان، والتصديق بكل ما جاء به الرسول ﷺ.

وتسجيل المعاهدات وإثبات الصلح باشره الرسول ﷺ وقا باعتمادها الخلفاء الراشدون من بعده والسلف الصالح من بعدهم والكتابة مادامت قد اعتمدت في إثبات الحقوق فماذا يمنع من اعتمادها في إنشاء العقود لأن ثبات الحق مترتب على إنشائه.

وكيف لا تكون وسيلة من وسائل الإنشاء مع صلاحيتها التامة للإفصاح عن رغبة الكاتب وإرادته؟

---

[1] انظر البدائع للكاساني ٥/١٣٨ وانظر الفقرة ٢٦ من هذه الرسالة.

[2] من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

فالأولى الأخذ بها والاعتماد عليها في غنشاء العقود ولإثبات الحقوق، سواء كان ذلك من الحاضر أم من الغائب؛ لأنه يعتمد عليها في إنشاء العقود وفي تولية القضاء والافتاء وغيرها.

وقد حفظ الله سبحانه وتعالى بها قرآنه الكريم الذي وعد بحفظه في قوله سبحانه: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾[1]. ونقلت بها السنة المحمدية النبوية الشريفة، وتداولناهما خلفًا عن سلف، ودام لنا بذلك الدستور السماوي الذي تركه فينا رسول الله ﷺ: «تركت فيكم شيئين لن تضلوا بعدهما كتاب الله وسنتي»[2].

## ٢٥ - التعاقد بالإشارة :

بعد أن أثبتنا أن التعاقد يتم بالعبارة كما أنه يتم بالكتابة أيضًا بين الحاضرين وبها وبالرسالة بين الغائبين القادرين على كل ذلك أما إذا كان أحد المتعاقدين غير قادر على النطق لخرس ومنع من الكلام فإن إشارته المفهمة معتبرة وقائمة مقام العبارة في إنشاء سائر العقود من بيع وإجارة ورهن ونكاح وفي وقوع طلاقه وعتاقه وفي صحة إبرائه وإقراره وغيرهما لأنها إنشاء العقد منه لما استطاع أن يحافظ على حياته وأن يحصل على جميع احتياجاته وخصوصًا إذا كان غير قادر على الكتابة وهذا باتفاق الفقهاء لم يخالف في ذلك أحد. أما إذا كان قادرًا على الكتابة فهل يصح إنشاء عقده بالإشارة كذلك.

١- ذهب المالكية : إلى جواز ذلك بإطلاق سواء كان الأخرس قادرًا على الكتابة أم وحتى من القادر على العبارة فإنه يصح إنشاء العقد من

---

[1] الآية ٩ من سورة الحجر.

[2] خرجه الحاكم عن أبي هريرة (الجامع الصغير).

الجميع بالإشارة الدالة على الرضا لا فرق بينهما وبين القول والكتابة مادام كل ذلك يدل على الرضا المطلوب لإنشاء العقد واعتبر ذلك من الدلالة العرفية على الرضا[1].

ذهب الحنابلة والزيدية والإباضية وجمهور الحنيفية والشافعية إلى اعتبار إشارة الأخرس المفهومة حتى ولو كان عالمًا بالكتابة في إنشاء سائر العقود وفي كل شيء من بيع ورهن وإجارة وغيرها.

وذهب بعض الشافعية كالمتولي وغيره إلى اشتراط عجزه عن الكتابة المفهمة أنه إذا كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالإشارة لعدم الحاجة وبه قال بعض الحنفية :

إن المعتقل لسانه[2] يصبح عقده بالإشارة من غير شرط عند المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والأباضية لأنه أصبح كالأخرس وذهب الحنفية إلى أنه لا يصح انعقاد العقد منه بالإشارة وإلا إذا كان ميئوسًا منه بأن دامت العقلة إلى الموت وأصبحت إشارته مفهومة وقدر البعض منهم ذلك بسنة.

فالحنفية يجيزون سائر تصرفات الأخرس القادر على الكتابة بالإشارة المفهمة ولا يشترطون بصحة الإشارة عدم القدرة على الكتابة، بل يجعلون الكتابة والإشارة منه في درجة واحدة من حيث جواز استعمال كل من الوسيلتين في إنشاء العقد[3].

وهذا الشرط الأخير هو نفس ما اشترطه الحنفية في فتح القدير[4]

---

[1] انظر حاشية الدسوقي، ٣ / ٣.

[2] المعتقل لسانه : بضم التاء وفتحها. حبس عن الكلام أي منع فلم يقدر عليه.

[3] انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٤٣ - ٣٤٤.

[4] انظر المصدر السابق وهو نهاية المحتاج للرملي، ٣ / ٣٧٣، ومثل ذلك في المجموع للنووي ٩ / ١٨١.

وذلك مطلقًا فى قولهم ولابد أن تكون إشارته مصحوبة بنحو صراخ وهنا مقيد فى حالة واحدة : وهى إذا لم تفهم إشارته وفى الأشباه والنظائر للسيوطى حينما يتكلم عن القول فى الإشارة.

فلقد اعتبر هنا المعتقل لسانه كالأخرس مطلقًا فى انعقاد عقده بالإشارة منه ولم يشترط أن يكون ميئوسًا منه أو تأخيره سنة كما ذهب إلى ذلك الحنفية[١] .

ووافق الحنفية فى القادر على النطق فى عدم اعتبار إشارته والبهونى الحنبلى فى كشاف القناع بذكر أن النكاح لا يصح من القادر على النطق لا بإشارة ولا بكتابة لعدم الحاجة إليها.

وبذلك يكون قد وافق الحنفية والشافعية فى عدم اعتبار الإشارة من القادر على النطق وكذلك الكتابة فى النكاح وأرى أن عدم اعتبار الكتابة فى النكاح من القادر على النطق إنما هو بالنسبة للحاضر فقط :

أما بالنسبة للغائب فجائز بالإجماع.

ثم يضيف بأن إشارة الأخرس إذا لم تكن مفهمة لا ينعقد بها النكاح[٢] .

وأحمد بن يحيى بن المرتضى الزيدى يبين فى كتاب البحر الزخار إن إشارة الأخرس معتبره فى العقود ولا تعتبر فى الشهادة محتجًا بفعل النبى ﷺ فى تعريف عدد أيام الشهور ولا تفرق بينه وبين المعتقل لسانه موافقًا بذلك الشافعية فى المعتقل لسانه ومخالفًا الحنفية[٣] .

---

[١] انظر الأشباه والنظائر للسيوطى، ص ٣١٢، ٢١٤.

[٢] انظر كشاف القناع، ٥ / ٣٩.

[٣] انظر البحر الزخار ٣ / ٢٩١ - ٢٩٢، والمراد فى هذه المسألة بـ (٥) هم العتره والقاسمية و ب (فين) الفقهاء فيكون هذا هو رأى العتره والقاسمية والفقهاء والمراد بـ (ش) الشافعى.

وأما الأباضية : فقد مر أكثر من مرة أن إشارة الأخرس وكتابته معتبرة فى إنشاء العقود لأنها تدل على الرضى وكذلك الممنوع من الكلام عندهم[1].

من كل ما تقدم نرى أن المالكية يجيزون إنشاء العقود من الأخرس بالإشارة سواء كان يحسن الكتابة أم لا كما يجوز له أن يعبر عن إرادته فى إنشاء العقد بالكتابة إذا كان قادرا عليها.

ولا يفرقون بين الأخرس وغيره ممن اعتقل لسانه أو كان قادرا على النطق ووافقهم الحنابلة والزيدية والأباضية وجمهور الفقهاء فى اعتبار الإشارة من الأخرس فى التعبير عن إرادته سواء كان يحسن الكتابة أم لا. وخالفوهم فى القادر على النطق فذهبوا إلى أنه لا ينعقد عقده بالإشارة وأنها غير معتبرة لعدم الحاجة إلى ذلك والاستغناء عنها وهناك رأى الحنابلة يمثل ما قال به المالكية ذهب إليه ابن تيمية فى فتاويه من اعتبار الإشارة ما دامت تدل على الرضا وتكشف عن الإرادة ولو كان ذلك إشارة كما هو مذهب مالك.

وأما المعتقل لسانه فإشارته معتبرة بإطلاق عند جمهور الفقهاء المالكية –الشافعية– الحنابلة – الزيدية – العترة – القاسمية – الأباضية والحنفية يرون أنه لا تعتبر إشارته إلا إذا كان ميئوسا منه أو بعد تأجيله سنة كما ذهب إلى ذلك الطحاوى.

والرأى الذى اختاره للترجيح أنه تترك للعاقد الحرية التامة فى اختيار الوسيلة التى ينشئ بها العقد مادامت معبرة عن الرضى ودالة على الإرادة العبارة والكتابة والإشارة فى ذلك سواء وهو ما ذهب إليه المالكية

---

[1] انظر النيل وشفاء العليل ٢ / ٤٦٩.

وظاهر مذهب الحنابلة على ما اختاراه ابن تيمية متى كانت الإشارة مفهمة ودالة على مقصود المتعاقدين ومظهرة لرغبتهما فى إنشاء العقد وقد أخذت بذلك بعض القوانين المدنية الحديثة القانون المدنى العراقى والقانون المدنى المصرى الجديد حينما عرض لطرق التعبير عن الإرادة فنصت المادة (٩٠) منه على أنه :

١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفًا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحالى شكًا فى دلالته على حقيقة المقصود.

٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا، ومن هذا النص يتبين أن للعاقدين اختيار الطريقة التى يرغبان فيها للتعبير عن إرادتهما ما لم ينص القانون على نص معين.

## ٣٦- أهلية المتعاقدين :

بعد أن عرفنا أن ركن العقد هو الإيجاب والقبول المعبران عن الإرادة والمظهران للرغبة فى اتمام العقد والدلالة على الرضا المشروط من قبل الشرع.

ولا يتأتى ذلك إلا إذا صدر ممن هو أهل لمباشرة العقد، وقد تكون هذه الأهلية كاملة مطلقة الأثر فى تكوين العقد لا تتوقف على إرادة الغير فى إنشاء ما يريد صاحبها.

وقد تكون ناقصة لا يتم أثرها فى تكوين العقد إلا بإرادة الغير وموافقته وقد تكون هذه الأهلية غير معتبرة لا أثر لها لما يصدر عنها، ويعتبر كل ما يصدر عنها لغوًا لا ينتج المقصود ولا تنعقد به العقود، وهذا

الاختلاف فى أحوال الناس يتوقف على أمرين هامين هما : الأهلية - والولاية.

**٣٧**- فإذا اكتملا فى الإنسان كان التصرف كاملاً ويؤدى أغراضه ويحقق مقصوده وإذا نقصا احتاج الإنسان إلى من يكمله ويعوض النقص الذى يوجد فيه بانضمام رأيه وفكره إلى إرادة من صدر عنه.

وإذا عزما اعتبر التصرف لغوًا لا يعتبر به ولا تنعقد به العقود ولا غيرها من التصرفات.

## ٣٨- معنى الأهلية :

الأهلية فى أصل اللغة منسوبة إلى الأهل[١] **تقول فلان أهل لكذا** أى مستحق له وجدير به وأهل لأنه يتصف به ومنه قوله تعالى : ﴿وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَى وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا﴾[٢].

وهى مصدر صناعى كالحرية الإنسانية ومعناها فى الشرع كما عرفها الأصوليون : صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق الشرعية له أو عليه وصلاحيته لصدور الفعل منه على وجه يعتد عنه شرعًا.

وبعبارة أخرى صلاحية الإنسان للالزام بمعنى أن يكون الشخص صالحًا لأن تلزمه حقوق لغيره.

وتثبت له حقوق على غيره صالحًا لأن يلتزم بهذه الحقوق وهى نوعان :

أهلية وجوب - وأهلية أداء

---

(١) انظر مختار الصحاح، ص ٣١.

(٢) من الآية ٢٦ من سورة الفتح.

١- أهلية الوجوب : هى صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.

وأهلية الوجوب هذه إنما تثبت بالذمة.

**معنى الذمة : هى فى اللغة العهد :**

وفى اصطلاح الأصوليين : وصف يعتبر به الإنسان أهلا لأن يجب له حقوق على غيره وأن يجب لغيره حقوق عليه.

وقد اختص الله سبحانه وتعالى الإنسان بهذه الخاصية فمجرد وجوده تتحقق له أهمية الوجوب ومعتبرًا أهلاً لأن تثبت له أو عليه الحقوق المشروعة وليست الذمة هى العقل، بل هى خاصية تثبت من تكوينه الخلقى. وهذه الأهية تثبت لكل إنسان هى بمجرد وجوده كاملة كانت أو ناقصة سواء كان بالغًا أم صبيًا وسواء كان رشيدًا أم غير رشيد وسواء أكان ذكرًا أم أنثى وسواء أكان حرًا أم عبدًا.

٢- أهلية الأداء : ومعناها عند الأصوليين : صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعًا.

ولا يعقد بذلك إلا إذا كان للإنسان قواه كاملة الأهلية فى بدنه وعقله فإذا توفرت هاتان القوتان اعتبر كامل الأهلية وإلا كان قا صرها وذلك لأن الأداء يتعلق بقدرتين قدرة منهم الخطاب وهى العقل وقدرة العمل به وهى البدن، فإذا تحقق القدرة بهما يكون كما لها بكمالها وقصورها بقصورها والإنسان فى أول أحواله خال من القدرتين ولكن نية الاستعداد لأن توجد كل واحدة منهما بخلق الله سبحانه وتعالى إلى أن يبلغ درجة الكمال.

فقبل بلوغها تكون قاصرة كالصبى العاقل فكلاهما قاصرة فيه

ومثله المعتوه فإنه قاصر العقل وإن كان قوى البدن والأهلية الكاملة تكون بكمال العقل وكمال البدن وقد جعل الشارع لها حدًا توجد به وهو البلوغ مع العقل، فالبلوغ يكتمل البدن ولاشك أن الشخص إذا كان يفهم معنى العبارة التى ستنشأ بها التصرفات الشرعية وكان مع ذلك يدرك المعنى المقصود منها فى العرف والأثر الشرعى لها فى الجملة الأعلى وجه التفصيل فيدرك أن البيع يقتضى خروج المبيع من ملك البائع واستحقاقه للثمن.

ووجوب دخوله فى ملك المشترى ووجوب دخوله الثمن عليه فإذا فهم ذلك وكان بالغًا عاقلاً رشيدًا لم يحجر عليه اعتبرت أهليته كاملة. وإذا كان قد فهم ذلك بعقله وأدركه بحسه وميزه بوعيه وكان غير بالغ كالصبى المميز اعتبرت الأهلية فيه ناقصة لعدم البلوغ.

أما إذا لم يدرك ذلك كلية لا يعتبر أهليته بالإجماع ومثل هذا الصبى غير المميز والمجنون - والمعتوه.

## ٣٩- معنى الولاية :

هى أن يكون للعاقد سلطة تمكنه من تنفيذ العقد وترتيب آثاره عليه.

١- وهذه السلطة قد تكون أصلية حيثما يقوم الإنسان بإجراء التصرف لنفسه.

٢- وقد تكون لولاية شرعية أعطاها الشارع الحكيم له لولاية الأب على ولده وولاية الجد على ولد ولده أو بوصاية من الأب والجد أو السلطان.

٣-وقد تكون تلك السلطة بتوكيل صاحب الشأن وإنابته للإنسان كما فى التوكيل بالبيع أو الشراء والنكاح وغيرها[1].

**٣٠ـ شروط العاقد :**

بعد أن عرضنا لمعنى الأهلية وتقسيماتها بإيجاز وعرفنا من يحق له مباشرة العقد مباشرة كاملة. وتترتب على تصرفاته الآثار الذى شرع من أجلها العقد.

ومن يجوز له مباشرة العقد موقوفًا على إجازة وليه ومن لا يحق له التصرف أصلاً.

نعرض شروط العاقد عند الفقهاء فنقول وبالله التوفيق.

١- يشترط فى العاقد عند المالكية والحنفية والزيدية أن يكون عاقلاً مميزًا يدرك ما يقول ويعيه حقًا وبهذا يكون تعبيره معبرًا حقيقة عن إرادته ودالاً على رضاه. ولا يشترط فيه البلوغ ولا الحرية ولا الإسلام.

٢- وذهب الشافعية والحنابلة والإمامية والأباضية إلى أنه يشترط فى العاقد أن يكون بالغًا عاقلاً رشيدًا حرًا وزاد الشافعية أن يكون بصيرًا وأن يكون مسلمًا.

إن كان المبيع عبدًا أو مصحفًا وعصمته إن كان المبيع سلاحًا.

فعلى هذا يجوز بيع العاقل البالغ الرشيد الحر بالاتفاق وينفذ تصرفهم بمجرد الإيجاب والقبول لأنه لا ولاية لأحد عليهم وأهليتهم أهلية كاملة ولا ينصرفون إلا عن روية وتدبير كما هو المفروض فيهم.

---

(١) انظر المستصفى للغزالى ١ / ٨٣ - ٨٤ ، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت بذيل المستصفى ١ / ١٥٤ / ١٦٠ التلويح على التوضيح ٢ / ١٦١ - ١٦٦ تسهيل الوصول إلى علم الأصول، ص ٣٠٦- ٣٠٩. الملكية ونظرية العقد للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة، ص ٣٠٢ - ٣١٣.

وأما الصبى غير المميز، والمجنون الذى لا يعقل، والنائم والمغمى عليه فلا ينفذ تصرفهم، ولا تنعقد عقودهم بالاتفاق لأن أهلية العاقد شرط انعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بدون العقل والعلم فلا يثبت الانعقاد بدونهما لتوقف انتقال الملك على الرضا لقوله ﷺ «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه منه»[1].

وأما الصبى المميز : وهو الذى يفهم الخطاب ويرد الجواب ويعلم أن البيع سالب للملك، والشراء جالب له فتصرفه صحيح وعقده جائز يتوقف على إجازة وليه.

وهذا عند المالكية والحنفية والعترة والقاسمية والزيدية ووافقتهم الحنابلة فيما إذا كان مأذونًا له لأنه يعرف النفع والضرر كالعاقل وللابتلاء بالتصرف المطلوب بقبوله سبحانه وتعالى : ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[2]. ولا يتحقق الابتلاء والاختبار إلا بتعويض البيع والشراء إليهم وسئر العقود وذهب الشافعية والإمامية والأباضية وأبو ثور إلى عدم جواز العقد من الصبى أصلاً لعدم البلوغ واكتمال الاختيار لقوله عليه الصلاة والسلام : رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتلى حتى يبرأ وعن الصبى حتى يكبر.

وفى رواية وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبى حتى يبلغ[3]. واستثنى الأباضية التصرف اليسير فيما يقل ثمنه فينفذ عقده فيه.

---

[1] رواه أحمد.

[2] من الآية ٦ من سورة النساء.

[3] خرجه أحمد وأبو داود والنسائى والحاكم وابن ماجه عن عائشة رضى الله عنها. انظر الجامع الصغير ٢ / ٢٤.

وأما الحرية : فليست بشرط عقد المالكية والحنفية والزيدية والظاهرية ويصح تصرف العبد موقوفًا على أذن سيده لأنه عاقل بالغ وما عليه من حجر فإنما هو لحق السيد ومادام السيد قد أذن فينفذ تصرفه وهذا إذا كان لنفسه أما لغيره فينعقد تصرفه نافذًا[1].

وذهب الشافعية والحنابلة والأباضية والإمامية إلى عدم انعقاد عقده مطلقًا إذا كان بغير إذن السيد، وأما إذا كان بإذن السيد فتنفذ تصرفاته وتنعقد عقوده.

واستثنى الأباضية والحنابلة التصرفات اليسيرة كباقة البقل والكبريت كما يصح منه قبول الهبة والوصية ويكونان لسيده.

وأما السكران : وهو من لا يعرف الأرض من السماء والرجل من المرأة وقيل من فى كلامه اختلال وهذيان. فالراجح عند الفقهاء أنه لا تنفذ عقوده ولا تنفذ تصرفاته، لعدم التمييز ولعدم الاختيار فهو كالصبى غير المميز، بل أولى وكالمغمى عليه.

وأما المكره بغير حق : فلا ينفذ عقوده لعدم الرضا لقوله سبحانه وتعالى : ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[2] وقوله عليه الصلاة والسلام «إنما البيع عن تراض»[3] وهذا عند الأئمة الثلاثة والجمهور من العلماء وقال أبو حنيفة : ينعقد عقده ويوقف إلى حال الاختيار فإن أجازه نفذ وإلا بطل لأن الإكراه عنده يفسد الرضا ولا يبطل الاختيار.

وأما إذا كان اكراهًا بحق فينعقد عقده بالإجماع وتنفذ تصرافته كما

---

[1] انظر المحلى لابن حزم ٨ / ٣٦٩.

[2] من الآية ٢٩ من سورة النساء.

[3] رواه أبو سعيد وخرجه البيهقى.

إذا أكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه.

وأما السفيه : وهو من لا يحسن القيام على تدير ماله فينفق فى غير مواضع الانفاق فيرى جمهور العلماء أنه لا تنعقد عقوده لأنه غير رشيد وسواء بلغ غير رشيد أم كان عدم الرشد طارئ ويرى الإمام أبو حنيفية أن تصرفاته نافذة وأن عقوده منعقدة لأن فى الحجر عليه إبطال آدميته.

والبصر ليس بشرط عند جمهور العلماء خلافًا للشافعي فلا يصح عقد الأعمى عنده للجهالة واحتج المجوزون بأن الجهالة ترتفع بالوصف وبالحس ولم ينكر النبى ﷺ على ابن أم مكتوم ولم يمنعه من البيع والشراء.

وكذا الإسلام ليس شرطًا عند جمهور الفقهاء للإطلاق فى قوله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[1] ولم تفرق الآية بين المسلم والكافر واشترطه الشافعى عند شراء العبد المسلم والمصحف لأن فى تملك الكافر للمسلم إذلاله وفى تملكه للمصحف ربما يستهين به.

**٣١** ـ وما ذهب إليه الفريق الثانى من اشتراطهم فى العاقد أن يكون بالغًا عاقلاً رشيدًا واشتراط البصر عند الشافعية والإسلام فى بعض الحالات فيه تضييق على الناس وأخذهم بالعسر بدلا من اليسر الذى أراده الله سبحانه وتعالى لنا فى قوله تعالى : ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[2].

---

[1] من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

[2] من الآية ١٨٥ من سورة البقرة.

٣٢ ـ فالعقد ينعقد بالإيجاب والقبول الدالين على الرضا فما دام العاقد يفهم العبارة التى تصدر عنه ويعى حقيقتهـا ويريـد الوصـول إلـى المـراد منها عن رضا لا عن جبر وإكراه فإن سيارته تكون صحيحة ينعقد العقد بها إذا صدرت من عاقل مميز. سواء أكان بالغًا أم غير بالغ، حرًا أو رقيقًا، مبصرًا أم غير مبصر مسلمًا أو كافر فالنصوص لم تفرق بين واحد من هؤلاء.

أما إذا صدرت عن شخص لا يدرك معناهـا بـأن كـان نائمًـا أو مجنونًا أو معتوهًا أو من صبى غير مميز لا يعقل ما يقول فلا قيمة لها ولا تعتبر شرعًا ولا يترتب عليها أى أثر.

والأصل فـى هذا أن العقد ارتبـاط بيـن إرادتـى العـاقدين والكـلام ونحوه كالكتابة والإشارة إلا دليلاً على هاتين الإرادتين فإذا كان هذا الدليل صادرًا عن مميزز عاقل وكان واضح الدلالة علـى مـا يقـول وقاطعًـا فيمـا يعيه من رغبته فى العقد وإرادة وجوده انعقد العقد.

## ٣٣ ـ المعقود عليه وشروطه :

المعقود عليه هو محل العقد وما يقع عليه التعاقد وما يظهـر عليـه أثر التعاقد وأحكامه.

وكل عقد يلزم أن يكون له محل يضاف إليه وهذا المحل الذى يقـع عليه التعاقد قد يختلف باختلاف المعقود عليه.

فقد يكـون المعقـود عليـه عينـًا ماليـة كمـا فـى عقـد البيــع والهبـة والرهن، وقد يكون منفعة مادية كما فى عقد الإجارة.

وقد يكون عملاً كعمل الصانع أو المزارع فـى الأرض، كمـا فـى عقدى الزراعة والاستصناع وغيرها.

وعلى هذا تنوعت العقود واختلفت مسمياتها تبعًا لطبيعة كل عقد. والمعقود عليه سواء كان عينًا أو منفعة أم عملاً يشترط فيه عدة شروط، منها :

## ٣٤ـ الشرط الأول :

أن يكون محل العقد معلومًا للمتعاقدين ومعينًا بحيث لا تكون فيه جهالة تؤدى إلى المنازعة والغرر بين المتعاقدين لما روى أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع الغرر»[1].

هذا إذا كانت الجهالة فاحشة كبيع ثوب من ثوبين وكبيع بوزن حجر أو صنجة مجهولين وكإجارة دار من دارين أو عامل من عاملين ولم يعين أحدهما. أما إذا كانت الجهالة يسيرة ولا تؤدى إلى النزاع فيصح العقد. كما إذا باع دارًا ولا يعرف أساسها وكإجارة الدار والدابة شهرًا مع أن الشهر قد يكون ثلاثين يومًا وقد يكون تسعة وعشرين يومًا وكذلك دخول الحمام بالأجرة مع اختلاف الناس فى استعمالهم الماء وقدر مكثهم.

وهذه الجهالة ترتفع برؤية المبيع حين العقد، أو رؤية بعضه إن كان هذا يكفى فى رؤيه باقيه كرؤية قطعة من القماش "الكتالوج" عند تجار الأقمشة فيستدل بها على الثوب نفسه.

وقد تكون بوصفه وصفًا يكشف عنه تمامًا إذا كان المعقود عليه غير حاضر حين العقد أو يكون قد رآه قبل ذلك ولم يمض وقت يحتمل التغيير فيه. والجهالة كما تمنع من صلاحية الشىء لأن يكون محلاً لعقد البيع تمنع من أن يكون محل عقد الإجارة.

---

[1] خرجه مسلم عن أبى هريرة.

## ٣٥- الشرط الثاني :

أن يكون محل العقد موجودًا حين العقد، وعلى هذا فلا يصح أن يكون المعدوم محلاً للعقد فلا يجوز بيع نتاج النتاج بأن قال بعتك ولد ولد هذه الناقة لأنه معدوم وكذلك ما كان على خطر أن يكون معدومًا كبيع اللبن فى الضرع لأنه عساه يكون انتفاخًا ولا يكون لبنًا حقيقيًا وكذلك لا يجوز استئجار ضراب الفحل لأنه عساه أن لا ينتج ولهذا «نهى رسول الله ﷺ عن بيع حبل الحبلة[1]، ونهى رسول الله ﷺ عن بيع عسب الفحل»[2].

وعسب الفحل ضرابه وهو عند العقد معدوم.

وهذا الشرط عند أكثر الفقهاء ومنهم الأحناف والشافعية ولهذا اعتبروا السلم والإجارة والاستصناع ونحوها مستثناه من هذه القاعدة العامة. وما دام محل العقد فى كل منها ليس موجودًا حين العقد وعدوا جوازها من باب الاستحسان لما أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم[3].

وقد أجاز الفقهاء جميعًا العقود التى لا يكون فيها غرر. بل لقد تجاوز ابن تيمية وابن القيم وصححا العقد على المعدوم ليس لذاته، بل مادام لا غرر فيه وأول ابن القيم النهى فى قوله عليه الصلاة والسلام «لا تبع ما ليس عندك»[4]. بأن النهى عن بيع المعدوم ليس لذاته بل لما فيه

---

[1] متفق عليه واللفظ للبخارى انظر سبل السلام ٣ / ١٤.

[2] رواه البخارى وأحمد والنسائى وأبو داود عن ابن عمر. انظر نيل الأوطار ٥ / ١٤٦.

[3] رواه ابن عباس.

[4] خرجه ابن ماجه والترمذى عن حكيم بن حزام.

من الغرر وهو عدم القدرة على تسليمه أو الجهالة المفضية إلى النزاع فإذا انتفت هذه العلة صح العقد.

- ولذلك اعتبر عقد الإجارة جاريًا على القياس، لأن جهالة المنفعة لا تؤدى إلى النزاع وإلى أن العين المنتفع بها قائمة مقام المنفعة وعد من ذلك المساقاة وبيع الثمر بعد بدو صلاحه لعدم الغرر.

وإذا كان المعقود عليه لا يقدر على تسليمه كالحيوان الشارد ونحوه لا يصح العقد ولم يجز ابن القيم إجارة دابة لا يقدر على تسليمها[1].

## ٣٦ - الشرط الثالث : أن يكون مالاً منتفعًا به شرعًا.

فغير المال لا يصح أن يكون موضوعًا لعقد، ولا لعقد الإجارة فالبيع مبادلة المال بالمال فلا يصح بيع الحر، لأنه ليس بمال وكذا بيع الميتة والخمر والخنزير فى حق المسلمين لتحريم الشرع لها وكذلك ذبيحة المجوسى والمرتد والمشرك لأنها ميتة.

وقد قال رسول الله ﷺ «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»[2].

ولا يجوز بيع سمك فى ماء ولا طير فى هواء لأنه مباح للناس جميعًا ومثل هذه فى أنها لا يحل بيعها الطرقات العامة والأنهار العامة ولا يجوز إجارة المغنية لأن الاستماع إلى اللهو محرم وما أدى إلى المحرم فهو محرم.

عن نافع قال : كنت أسير مع عبد الله بن عمر فسمع زمارة راع فوضع إصبعيه فى أذنيه ثم عدل عن الطريق فلم يزل يقول : يا نافع

---

[1] انظر أعلام الموقعين ١ / ٣٥٧ - ٣٥٨، ٢ / ١١٢.

[2] متفق عليه وخرجه الأربعة وأحمد. انظر نيل الأوطار ٥ / ١٤٠ - ٢٤٢.

أتسمع ؟ حتى قلت : لا فأخرج إصبعيه من أذنيه ثم رجع إلى الطريق ثم قال : هكذا رأيت رسول الله ﷺ[1].

**٣٧ـ الشرط الرابع : القدرة على تسليم المعقود عليه**

وقد اتفق الفقهاء جميعًا على أن يكون محل العقد مقدورًا على تسليمه وقت التعاقد.

وعلى هذا فلا يجوز التعاقد على بيع الحيوان ولا تجوز إجارته ومثله السمك فى الماء إذا كان فى نهر عظيم والطير فى الهواء.

أما إذا كان الطير فى نحو برج، والسمك فى نحو بركة فإنه يجوز بيعها، لأنه يمكن أخذهما، وبذلك يستطاع تسليمهما.

وقد روى عن النبى ﷺ قوله : «لا تشتروا السمك فى الماء لأنه غرر»[2].

وهناك شروط لم يتفق عليها مثل طهارة المبيع فقد اشترط ذلك المالكية والشافعية ولم يشترطه غيرهم.

وكذلك اشترط أن يكون المبيع مملوكًا لبائعه فقد اشترطه الشافعية والمالكية والحنابلة، ولم يشترطه غيرهم لأنه يعتبر من شروط النفاذ لا من شروط البيع.

ومن هذه الشروط أن يكون المبيع مملوكًا لبائعه فقد اشترطه الشافعية والمالكية والحنابلة ولم يشترطه غيرهم لأنه يعتبر من شروط النفاذ لا من شروط المبيع.

---

[1] خرجه أبو داود والخلال.

[2] خرجه أحمد عن ابن مسعود مرفوعًا.

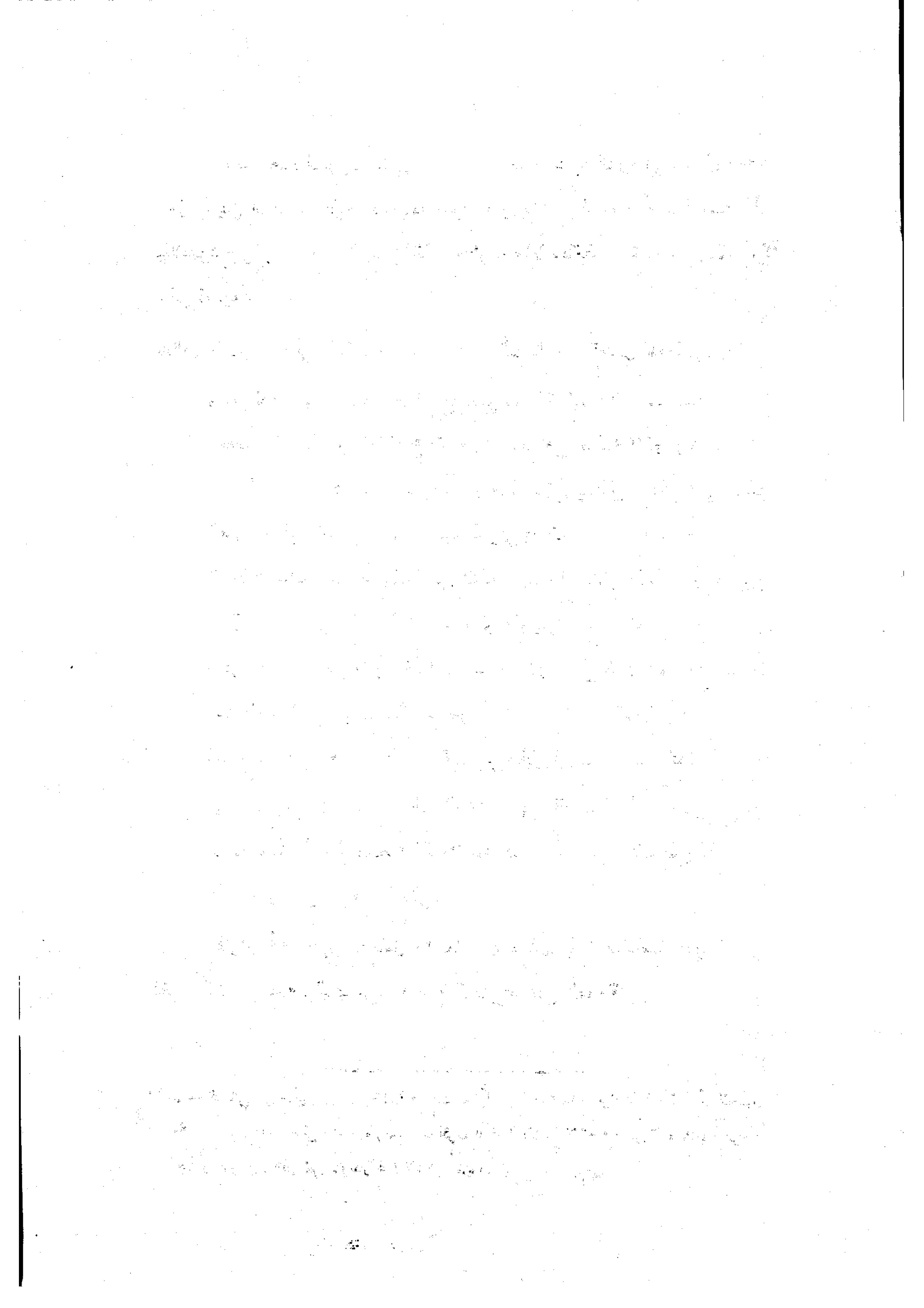
ومن هذه الشروط التي ذكرناها للمعقود عليه الذى هو محل العقد وهو تعيين المعقود عليه ومعرفته سواء كان ذلك بالرؤية أو بالوصف أو بالأنموذج وكونه موجودًا حين العقد وكونه مالاً منتفعًا به شرعًا ومقدورًا على تسليمه.

٣٨ - يتبين لنا أن المقصود منها عدم الجهالة بالمحل المعقود عليه ومعرفته حتى لا يحصل نزاع يمنع من التسليم والتسلم المقصودين بالعقد حتى يتحقق الانتفاع بالمعقود عليه فى حالة الإجارة ودخوله فى ملك المشترى فى حالة البيع وهكذا حتى يتحقق الحكم فى سائر العقود. فإذا انتفت هذه الجهالة وارتفعت المنازعة وأمكن تسليم المعقود عليه بأية طريقة من الطرق سواء كان ذلك عن طريق تحقق هذه الشروط أم كان عن أى طريق آخر يرضاه المتعاقدان ويقره العرف فى الأوساط التى يتعامل بها فى تلك السلعة وحدث عند العقد أو لم توجد مثل ما هو معروف الآن بالتعاقد على جلب السلع واستيرادها من البلاد الأخرى وقبل أن تصل إلى المتعاقد معه ويقبضها مع مخالفة ذلك فى الظاهر لنهى الرسول ﷺ «عن بيع ما لم يقبض»[1] ولا تحصل المنازعة عند التسليم والتسلم ولا يعتبر ذلك غررًا فى عرف التجار.

فأرى أنه يجوز التعامل والتعاقد بهذه الطريقة مادامت بعيدة عن الغرر المنهى عنه والمقصود به منع المنازعة بين المتعاقدين.

---

[1] خرجه النسائى عن حكيم بن حزام قال: «ابتعت طعامًا من طعام الصدقة فربحت فيه قبل أن أقبضه، فأتيت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فذكرت له ذلك فقال: لا تبعه حتى تقبضه»، وخرجه أحمد والطبرانى: انظر نيل الأوطار ٥ / ١٥٧ - ١٥٨.



# المبحث الثالث

# أقسام العقد



# تقسيمات العقد

## ٣٩ - أقسام العقد من حيث الصيغة :

للعقد تقسيمات كثيرة ومتعددة فهناك تقسيمات له من حيث كونه منجزًا أو مضافًا أو معلقًا وذلك تبعًا لأحوال الصيغة.

فإذا كانت الصيغة بحيث تنشئ العقد وتترتب عليها إثارة في الحال بأن كانت الصيغة غير معلقة على شرط أو مضافة إلى زمن سمي منجزًا، كما إذا قال البائع للمشترى بعتك سيارتي بخمسة آلاف جنيه الآن.

وإن كانت الصيغة مصدرة بالإيجاب المضاف إلى المستقبل مثل أجرتك هذه الشقة سنة تبدأ من الشهر القادم سمي العقد مضافًا.

وإن كانت الصيغة مصدرة بما يترتب وجوده على وجود أمر في المستقبل مثل إن نجح ولدى فى الامتحان وهبتك هذه السيارة، فلا يوجد عقد الهبة إلا عند تحقق النجاح سمي معلقًا.

## ٤٠ - أقسام العقد من حيث الحكم :

وللعقد تقسيمات أخرى من حيث الحكم بمعنى كونه خطاب الله تعالى فيقال هذا عقد جائز أو مباح أو حلال مثل عقد بيع الإجارة والهبة إذا وقع على مملوك للعاقد ويقال هذا عقد حرام، مثل عقد الربا لما فيه من الزيادة الخالية عن العوض قال الله سبحانه وتعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[1] وقوله تعالى : ﴿اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾[2].

---

[1] من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

[2] من الآية ٢٧٨ من سورة البقرة.

وأخرى من حيث الحكم بمعنى كونه أثرًا لخطاب الله سبحانه وتعالى بمعنى الأثر المترتب على العقد ففى عقد البيع حكمة : تملك المشترى للسلعة وتملك البائع لثمن.

وفى عقد الإجارة تملك المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة وتملك المؤجر للأجرة وهكذا.

## ٤١ ـ أقسام العقد من حيث اللزوم وعدمه :

وللعقد تقسيمات أخرى من حيث كونه لازمًا[١] من الجانبين كما فى عقد البيع والصرف والسلم والتولية والمرابحة والوضيعة والتشريك والصلح والحوالة والإجارة والهبة بعد القبض ووجود مانع من الموانع السبعة التى تمنع من الرجوع فى الهبة والصداق والخلع بعوض ونكاح البالغ العاقل امرأة كذلك[٢].

---

[١] المراد باللازم : ما ليس لأحد عاقديه فسخه دون رضا الأخر.

وغير اللازم : ما لكل من طرفيه أو أحدهما فسخه.

[٢] البيع : مبادلة المال بالمال على سبيل التراضى : الصرف.

الصرف : مبادلة أحد النقدين بالآخر    والتولية : بيع بمثل الثمن الأول.

والمرابحة : بيع بزيادة عن الثمن الأول    والوضيعة : بيع بأقل من الثمن الأول.

والتشريك : ثبوت الحق شائعًا فى شيء واحد، الحوالة : نقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه

الصلح : عقد يرفع المنازعة بين المتخاصمين    الإجارة : عقد على المنافع بعوض

الهبة : تمليك عين بلاء عوض    الصداقة : هو المال الذى تستحقه المرأة بعقد النكاح

الخلع : مال تدفعه المرأة لافتداء نفسها.

النكاح : يعقد بقيد حل استمتاع كل من الزوجين بالأخر.

وموانع الرجوع فى الهبة جمعها بعضهم فى قوله :

منع الرجوع من المواهب سبعة    فزيادة موصولة، موت عوض

وخروجها عن ملك موهوب له    زوجية قرب هلاك قد عرض

## ٤٣ - وجائز من الجانبين :

مثل الشركة والوكالة والمضاربة والوصية، والعارية، والإيداع، والقرض، والقضاء، وسائر الولايات إلا الإمامة العظمى[١].

## ٤٣ - وجائز من أحد الجانبين فقط :

كالرهن فإنه جائز من جاب المرتهن، ولازم من جانب الراهن بعد القبض والكتابة جائزة من جانب العبد لازمة من جانب السيد، والكفالة جائزة من جانب المطالب لازمة من جانب الكفيل[٢] وعقد الأمان جائز من قبل الحربى لازم من جانب المسلم[٣].

## ٤٤ - تقسيم العقد إلى صحيح وغير صحيح :

وهناك تقسيمات أخرى للعقد من حيث كونه صحيحًا وغير صحيح والصحيح : ما تترتب عليه آثاره.

وتنقسم بهذا الاعتبار عند الفقهاء باتفاق : إلى نافذ، وموقوف ولازم، وغير لازم.

---

(١) الشركة : عقد يفيد التشريك فى العين.

الوكالة : إقامة الغير مقام نفسه فى تصرف معلوم.

المضاربة : عقد على اقتسام الربح بعمل من أحد الجانبين ومال من الآخر.

الوصية : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت العارية : تمليك المنافع بغير عوض.

الإيداع : تسليط الغير على حفظ ماله صريحًا أو دلالة.

القرض : دفع متمول فى عوض غير مخالف له لا عاجلاً تفضلاً فقط.

القضاء : فصل الخصومات وقطع المنازعات.

(٢) الرهن : حبس العين فى مقابل حق معلوم.

الكفالة : ضم ذمة إلى صفة فى المطالبة.

(٣) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٣٦، والأشباه والنظائر للسيوطى، ص ٢٧٥.

إياه بحكم الحال مع تصور الانفصال فى الجملة. كالبيع مع الشرط لنهى النبى ﷺ عنه والبيع الفاسد يفيد الملك بالقبض بأمر البائع سواء كان ذلك صريحًا أم دلالة كما إذا قبض فى المجلس وسكت حتى يجوز له التصرف فيه لا الانتفاع.

كما فى قصة شراء السيدة عائشة رضى الله عنها لبريرية لتعتقها فوافق ملاكها على أن يكون الولاء لهم، فاشترت وشرطت الولاء لهم ثم أعتقتها ونكرت ذلك لرسول الله ﷺ فأجاز العتق وأبطل الشرط فالنبى ﷺ أجاز العتق مع ساد البيع بالشرط ولأن ركن التمليك وهو قوله بعت واشتريت صدر من أهله وهو المكلف المخاطب مضافًا إلى محله وهو المال عن ولاية فينعقد لكونه وسيلة إلى المصالح والفساد لمعنى يجاوره.

والبيع الفاسد معصية يجب فسخه إن كان قائمًا. والبيع الباطل لا يفيد الملك حتى ولو تم قبضه[١].

**٤٩** ـ ثم الضابط فى تمييز الفاسد من الباطل : أن أحد العوضين إذا لم يكن مالاً باطل، وكذا البيع به، وإن كان فى بعض الأديان مالاً دون البعض إن أمكن اعتباره ثمنًا فالبيع فاسد فبيع العبد بالخمر أو الخمر بالعبد فاسد وإن تعينّ كونه مبيعًا فالبيع باطل فبيع الخمر بالدراهم أو الدراهم بالخمر باطل[٢].

وقد يطلق الفاسد على البيع للباطل من باب التجوز كما فعل ذلك بعض الحنفية وبهذا يكون الفاسد شاملاً للباطل ومقابلاً للصحيح.

---

(١) انظر التلويح على التوضيح ٢ / ١٢٢، ابن عابدين ٤ / ١١١، الاختيار ٢ / ٣٠، البحر الرائق ٥ / ٣٨٢، سبل السلام ٣ / ١٠، البحر الزخار ٣ م ٣٨٠ - ٣٨٤.

(٢) انظر ابن عابدين ٤ / ١١٢، البدائع ٥ / ٥٠٣ وهذا الفرق من حيث المحل.

وصرح بأن لفظ الفاسد مستعمل فى الأعم من الفاسد والباطل. على أنه وإن وقع التجاوز من بعض الحنفية فى تسميتهم الباطل فاسدًا فإننا نراهم جميعًا يفرقون بين الباطل والفاسد فى الحكم، فيقولون : الفاسد يفيد الملك بالقبض وإن كان واجب الفسخ، والباطل لا يفيد الملك أصلاً.

فتكون أنواع العقود عندهم صحيحة وباطلة وفاسدة، وعند غير الحنفية من مالكية وشافعية وحنابلة وغيرهم صحيحة وباطلة وقد يسمون الباطل فاسدًا بدون تفرقة بينهما[1] على أنه لا فرق بين الباطل والفاسد فى العبارات بالاتفاق.

## ٥٠ ـ سبب الخلاف بين الحنفية وغيرهم :

ومنشأ الخلاف بين الحنفية وغيرهم فى تقسيم غير الصحيح يرجع إلى قاعدة أصولية هى : هل النهى عن عقد يقتضى فساد، أو أنه لا يقتضى فساد العقد، بل اثم من يقدم عليه.

جمهور الفقهاء غير الحنفية يرون أن نهى الشارع عن عقد من العقود يقتضى عدم وجوده شرعًا سواء رجع النهى إلى أركانه، أو محله[2]، أو غير لازم[3]، ومجاور للعقد.

فإذا وقع هذا العقد كان باطلاً لا وجود له، ووقع صاحبه فى الإثم، لأن نهى الشارع عن شىء يقتضى عدم صحته وعدم انعقاده.

وذهب الحنفية إلى أن النهى إذا كان يرجع إلى أصل العقد وأركانه كان مقتضى ذلك بطلان العقد، وعدم وجوده شرعًا كبيع الميتة والدم، لأنها ليست بمال وكالبيع بهما بجعلها ثمنًا.

---

[1] انظر المستصفى للغزالى ١ / ٩٤ - ٩٥.

[2] أى لأمر يتصل بالعاقدين ومحل العقد أو موضوعه.

[3] كالنهى عن بيع المجهول جهالة فاحشة تؤدى إلى النزاع.

وإن كان النهى يرجع إلى وصف ملازم للعقد عارض له كان مقتضاه الفساد لا البطلان كالعقد على المجهول جهالة فاحشة تؤدى إلى المنازعة بين المتعاقدين، وكالعقد على غير مقدور التسليم، أو على غير الموجود حين العقد، لأن العقد صدر من أهله مضافًا إلى محله فكان منعقدًا، والنهى يقرر المشروعية، لاقتضائه التصور، فنفس العقد مشروع. وبه تنال نعمة الملك وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدى إلى تقرير الفساد الواجب الرفع بالاسترداد.

وإذا كان النهى يرجع إلى أمر مجاور غير ملازم للعقد وليس شرطًا فيه كالبيع وقت آذان الجمعة وبيع الحاضر للبادئ "تلغى الجلب" والنجش[1] والسوم على سوم أخيه والعقد صحيحًا مع الكراهة[2].

مما تقدم يتبين أن المنهى عنه إن كان لعينه أفاد بطلان المعقود عليه.

وإن كان لغيره كان لوصف ملازم أفاد الفساد كالبيع مع الشرط الذى فيه نفع لأحد المتعاقدين ولكن العقد لا يقتضيه افساد فساده.

وإن كان الأمر مجاور كالبيع وقت آذان الجمعة والنجش وغيرهما كان منعقدًا مع كراهة التحريم[3].

وينص الشوكانى فى إرشاد الفحول على اقتضاء النهى للفساد وعدم اقتضائه ذلك فيقول : (البحث الثالث : فى اقتضاء النهى للفساد).

ذهب الجمهور إلى أنه إذا تعلق النهى بالفعل بأن طلب الكف عنه، فإن كان لعينه أى لذات الفعل أو الجزء وذلك بأن يكون منشأ قبحًا ذاتيا

---

[1] النجش : الزيادة فى ثمن السلعة ممن لا يريد شراءها.

[2] انظر الاختيار ٢ / ٣٦ وما بعدها.

[3] انظ رالتلويح على التوضيح ١ / ٢١٥ - ٢٢٣ ومنهاج الوصول، ص ٥٩ - ٦١

كان النهى مقتضيًا للفساد المرادف للبطلان سواء كان ذلك الفعل حسيًا كالزنا وشرب الخمر، أو شرعيًا كالصلاة والصوم والمراد عندهم أنه يقتضيه شرعًا لا لغة، وقيل أنه يقتضي الفساد لغة كما يقتضيه شرعًا.

وقيل : إن النهى لا يقتضى الفساد إلا فى العبادات فقط دون المعاملات، وبه قال أبو الحسين البصرى، والغزالى، والرازى وابن الملاحمى والرصاصى.

استدل الجمهور على اقتضائه للفساد شرعًا بأن العلماء فى جميع الأمصار لم يزالوا يستدلون به على الفساد فى أبواب الربويات والأنكحة والبيوع وغيرها.

وذهب جماعة من الشافعية والحنفية والمعتزلة إلى أنه لا يقتضى الفساد لا لغة ولا شرعًا لا فى العبادات ولا فى المعاملات.

وذهب الحنفية إلى أن مالا تتوقف معرفته على الشرع كالزنا وشرب الخمر يكون النهى عنه لعينه ويقتضى الفساد إلا أن يقوم الدليل على أن النهى عنه لوصف أو المجاور فيكون النهى حينئذ عنه لغيره فلا يقضى الفساد كالنهى عن قربان الحائض. وأما الفعل الشرعى وهو ما يتوقف معرفته على الشرع فالنهى عنه لغيره فلا يقتضى الفساد[1].

---

[1] انظر إرشاد الفحول، ص ١١٠ - ١١١، الأحكام فى أصول الإحكام للآمدى ١ / ١١٢ - ١١٤ وانظر قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٢ / ٢٥.

كان النهى مقتضيًا للفساد المرادف للبطلان سواء كان ذلك الفعل حيًا كالزنا وشرب الخمر، أو شرعيًا كالصلاة والصوم والمراد عندهم أنه يقتضيه شرعًا لا لغة، وقيل أنه يقتضى الفساد لغة كما يقتضيه شرعًا.

وقيل : إن النهى لا يقتضى الفساد إلا فى العبادات فقط دون المعاملات، وبه قال أبو الحسينى البصرى، والغزالى، والرازى وابن الملاحمى والرصاصى.

استدل الجمهور على اقتضائه للفساد شرعًا بأن العلماء فى جميع الأمصار لم يزالوا يستدلون به على الفساد فى أبواب الربويات والأنكحة والبيوع وغيرها.

وذهب جماعة من الشافعية والحنفية والمعتزلة إلى أنه لا يقتضى الفساد لا لغة ولا شرعًا لا فى العبادات ولا فى المعاملات.

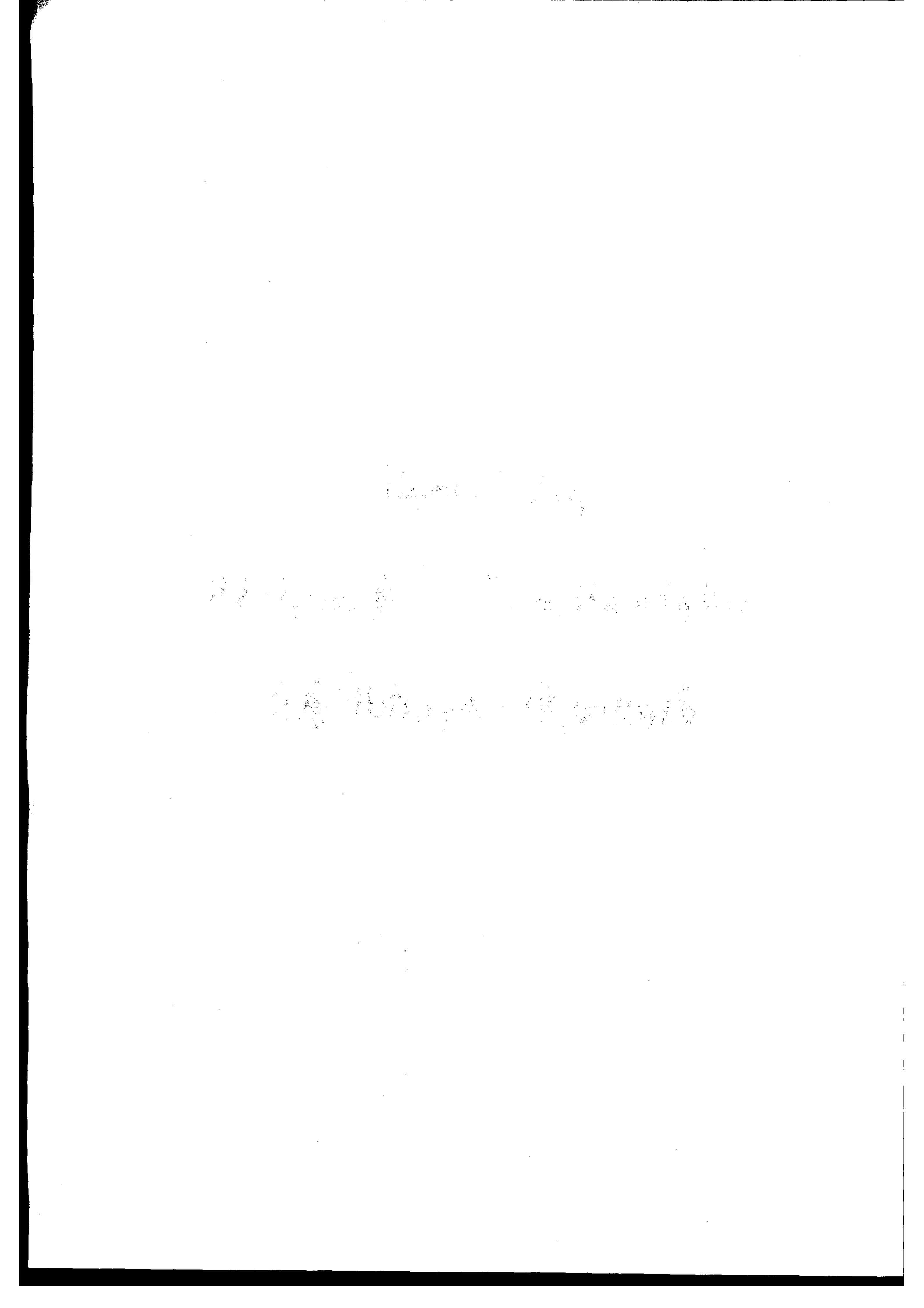
وذهب الحنفية إلى أن مالا تتوقف معرفته على الشرع كالزنا وشرب الخمر يكون النهى عنه لعينه ويقتضى الفساد إلا أن يقوم الدليل على أن النهى عنه لوصف أو المجاور فيكون النهى حينئذ عنه لغيره فلا يقضى الفساد كالنهى عن قربان الحائض. وأما الفعل الشرعى وهو ما يتوقف معرفته على الشرع فالنهى عنه لغيره فلا يقتضى الفساد[1].

---

[1] انظر إرشاد الفحول، ص ١١٠ - ١١١، الأحكام فى أصول الإحكام للآمدى ١ / ١١٢ - ١١٤ وانظر قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٢ / ٢٥.

# المبحث الرابع

# الخيارات في عقود المعاملات في الشريعة الإسلامية



# خطة البحث

وتشتمل على :

مقدمة وأربعة مطالب

أما المقدمة : ففي تعريف الخيار لغة واصطلاحه وبيان أنواعه والحكمة من مشروعيته.

وأما المطلب الأول : ففي خيار المجلس وما يتعلق به.

والمطلب الثاني : في خيار الشرط وما يشبهه من خيار النقد.

المطلب الثالث : في خيار الرؤية.

المطلب الرابع : في خيار العيب.

# المقدمة

## ١- تعريف الخيار لغة :

الخيارات جمع خيار والخيار والاختيار الاصطفاء والانتقاء وكذلك التخير، وخار الشيء واختاره انتقاه[1].

والخيار الاسم من الاختيار وهو طلب خير الأمرين وفى الحديث البيعان بالخيار ما لم يتفرقا[2] فالمراد به إما إمضاء البيع أو فسخه.

والله سبحانه وتعالى يقول : ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾[3]، فقد نفت الآية التخيير بين الترك والفعل[4] ووجوب الامتثال لأمر الله تعالى وأمر رسوله ﷺ.

## ٢- تعريف الخيار فى اصطلاح الفقهاء :

اختيار المتعاقدين أو أحدهما فسخ العقد أو إمضاؤه.

والخيار من العوارض والموانع التى تلحق العقد وهى أنواع :

١- منها ما يمنع انعقاد العلة كما إذا أضاف العقد فى البيع إلى حر.

٢- ومنها ما يمنع تمام العلة كما إذا أضاف العقد فى البيع إلى مال الغير.

٣- ومنها ما يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط.

---

[1] لسان العرب ٢/١٢٩٨ وما بعدها، ومختار الصحاح، ص ١٩٤، فتح البارى وصحيح البخارى ١٧٨/٩.

[2] متفق عليه نيل الأوطار ٥ / ١٨٤، اللؤلؤ والمرجان ٢ / ١٣٧.

[3] سورة الأحزاب من الآية ٣٦.

[4] أحكام القرآن للجصاص ٣ / ٣٦٠، قليوبى وعميرة ٢ / ١٨٩، مجمع الأنهر ٢ / ٢٣، المهذب ١ / ٢٥٧، منتهى الإرادات ١ / ٢٥٦.

٤- ومنها ما يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية.

٥- ومنها ما يمنع لزوم الحكم : كخيار العيب[1].

وقد نص فى البحر الرائق على أن الخيارات فى البيع لا تنحصر فى خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب التى ذكرناها، بل هى ثلاثة عشر خيارًا.

١- خيار الشرط.

٢-خيار الرؤية.

٣-خيار العيب.

٤-خيار الغبن.

٥-خيار الكمية.

٦-خيار الاستحقاق.

٧-خيار كشف الحال.

٨-خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض.

٩-خيار إجازة عقد الفضولى.

١٠-خيار فوات الوصف المشروط المستحق بالعقد.

١١-خيار التعيين.

١٢-خيار الخيانة فى المرابحة.

١٣-خيار نقد الثمن وعدمه وفوق ذلك خيار المجلس الذى يقول به غير الحنفية[2] وأصلها ابن نجيم إلى ثمانية عشر سببًا.

---

[1] [2] مجمع الأنهر ٢ / ٢٣، البحر الرائق ٥ / ٣٧٥، السيل الجرار ٣ / ٩٧، بدائع الصنائع ٥ / ٢٢٨، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى بهامشة حاشية الشلبى ٤ / ٢٤. والأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٣٨، والأشباه والنظائر للسيوطى ٢٣٤ - ٢٣٧.

## ٣ ـ أنواع الخيارات :

الخيارات فى الفقه الإسلامى تتنوع إلى أربعة عشر نوعًا كما سبق والذى يعنينا فى هذه الدراسة أربعة أنواع :

١- خيار المجلس.

٢- خيار الشرط.

٣- خيار الرؤية.

٤- خيار العيب.

## ٤ ـ الحكمة من مشروعية الخيار :

شرع الله سبحانه وتعالى البيع وحرم الربا وذلك ليتبادل الناس المنافع ويتبادلون السلع فيما بينهم جلبًا للنفع ودفعًا للضرر، لأن الإنسان مدنى بطبعه ولا يستطيع أن يعيش وحده، قال تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[1] فإذا لم يكن ذلك البيع عن تراض لم يحل الأكل وروى أبو سعيد الخدرى أن النبى ﷺ «إنما البيع عن تراض»[2] فدل على أنه لا يبيع عن غير تراض.

وقال عليه الصلاة والسلام : «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»[3].

ولتحقق هذا التراضى والتأكد من وجوده كانت مشروعية الخيار حيث ترك الشارع للمتبايعين فرصة طلب خير الأمرين ليقررا بأنفسهما

---

[1] سورة النساء، الآية ٢٩.

[2] خرجه البيهقى عن أبى سعيد الجامع الصغير ١ / ١٠٢.

[3] خرجه أحمد كنوز الحقائق بهامش الجامع الصغير ٢ / ١٧٤.

أو لمن يجعلان له الخيار ما إذا كان الأصلح لهما إمضاء العقد أو نقضه من غير إلزام، وذلك اهتمامًا من الشريعة الإسلامية بمصلحة المتعاقدين وتحقيقًا للعدالة بينهما، فقد يشترى الإنسان السلعة أو يبيعها بظروف خاصة تحيط به، بحيث لو زالت هذه الظروف لحل به الندم على البيع أو الشراء، وقد يترتب على هذا الندم حدوث الأحقاد والخصومات بين من حدث التعامل بينهما فشرع الخيار لدفع هذه الشرور بين الناس، وإحلال المودة في التعامل، وإعطاء العاقد الفرصة للاحتياط لنفسه وتدارك أمر تعامله في جو هادئ، حتى لا يكون له عذر في الندم بعد ذلك[1].

---

[1] انظر بدائع الصنائع ٥ / ٢٢٨، المهذب ١ / ٢٥٧، والميزان للإمام الشعراني ٢ / ٦٣ بتصرف وقد نص فيه على أنه (إذا انعقد البيع ثبت لكل من المتبايعين خيار المجلس عند الإمامين الشافعي وأحمد ما لم يتفرقا أو يختارا لزوم البيع فإن اختار أحدهما اللزوم بقى الخيار للآخر حتى يفارق المجلس أو يختار اللزوم مع قول أبى حنيفة ومالك أنه لا يثبت للمتبايعين خيار المجلس فالأول مخفف والثانى مشدد فرجع الأمر إلى مرتبتى الميزان.

وجه الأول : حديث : «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» أو يقول أحدهما اخترت يعنى اللزوم.

وجه الثانى : لزوم البيع بمجرد تمام لفظ البيع والشراء ولا يحتاج إلى خيار مجلس.

ويصح حمل الأول على حال الأصاغر الذين يود كل منهم الحظ الأوفر لنفسه فرحمهما الشارع بجعل خيار المجلس لهما لقصور نظرهما وترددهما فى لزوم البيع.

كما يصح حمل الثانى على حال الأكابر الذين يود كل واحد منهم الحظ الأوفر لأخيه، بل يفرح أحدهما بذلك فافهم)، انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ١ / ١٠٩.

## المطلب الأول

## فــــى

## خيار المجلس

### تعريفه :

خيار المجلس : وهو ما يثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه ماداما فى المجلس ولم يفترقا ولم يختارا إمضاء العقد.

وللفقهاء فيه قولان :

الأول : ما ذهب إليه الإمامان الشافعى وأحمد والليث بن سعد، وأبو ثور والأوزاعى والشيعة الإمامية، وابن حزم.

وبه قال جماعة من الصحابة عبد الله بن عمر، وعبد الله بن عباس وأبو هريرة وغيرهم، ومن التابعين شريح، والشعبى، وطاووس وعطاء، وروى عن سعيد بن المسيب، والزهرى وغيرهم.

بإثبات خيار المجلس لكل من طرفى العقد بعد الإيجاب والقبول فلا يتم البيع إلا بأحد أمرين : أن يخير أحدهما الآخر فيختار إمضاء البيع أو أن يتفرقا كلاهما أو أحدهما عن المجلس.

والقول الثانى : ما ذهب إليه الإمامان أبو حنيفة وأصحابه أبو يوسف ومحمد وزفر، ومالك والنخعى والثورى وفقهاء المدينة السبعة[1]

---

[1] وهم ١- سعيد بن المسيب، ٢- وعروة بن الزبير، ٣- والقاسم بن محمد،٤- وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، ٥- وخارجة بن زيد بن ثابت، ٦- عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، ٧- وسليمان بن يسار رضى الله عنهم، انظر كفاية الأخيار ١ / ١٥٤.

بعدم إثبات خيار المجلس للمتعاقدين وأن البيع وغيره من العقود يتم بمجرد الإيجاب والقبول ولا يثبت فيه خيار المجلس لأحد المتعاقدين وبه قال الهادوية[1] .

### ٦ـ الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول الذين يرون ثبوت خيار المجلس ومشروعيته لكل من العاقدين بالمنقول والمعقول.

### ٧ـ أما من المنقول :

فأولاً : ما روى عن حكيم بن حزام أن النبى ﷺ قال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو قال حتى يفترقا فإن صدق وبين بورك لهما فى بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما[2].

وثانيا : بما روى عن عبد الله بن عمر أن النبى ﷺ قال : «المتبعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبة أختر – وربما قال: أو يكون بيع الخيار».

وفى لفظ : «إذا تبايع الرجلان تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعًا أو يخيرا أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما

---

[1] انظر المراجع السابقة، مجمع الأنهر ٢ / ٧، الهداية ٣ / ١٧، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٠٠، الشرح الصغير ٣ / ٢، مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على منهب مالك مادة ٤٠، ص ٦٨، مواهب الجليل ٤ / ٢٣٨ - ٢٤١، حاشية العدوي ٢ / ١٢٢، تفسير القرطبي ٣ / ٣٥٧، المهذب ١ / ٢٥٧، قليوبي وعميرة ٢ / ١٨٩، المغنى لابن قدامة ٣ / ٥٦٣، حاشية الصاوى ٢ / ٥٢ شرائع الإسلام ٢ / ٢٧٤، المحلى لابن حزم ٨ / ٣٥١ مساله ٧ / ١٤١ وما بعدها، نصب الراية ٨ / ٤٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٣٨، والأشباه والنظائر للسيوطى، ص ٣٣١ وقد بين فيه أنواع المعاملات التى يثبت فيها خيار المجلس والتى لا يثبت فيها.

[2] كنوز الحقائق ١ / ١٠٢، نيل الأوطار ٥ / ١٨٤ وخرجة السبعة.

الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع»[1].

وفى لفظ "كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار" متفق عليه وفى لفظ : إذا تبايع المتبايعان بالبيع فكل واحد منهما بالخيار من بيعه ما لم يتفرقا أو يكون بيعهما عن خيار فإذا كان بيعهما عن خيار فقد وجب.

قال نافع : وكان ابن عمر رحمه الله إذا بايع رجلاً فأراد أن لا يقبله قام فمشى هنية ثم رجع اخرجاهما[2].

وثالثًا : بما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ :

«البائع والمتباع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله»[3] وفى رواية "حتى يتفرقا عن مكانهما".

## ووجه الدلالة :

ووجه الاستدلال من هذه الأحاديث أنها ثبتت وتدل دلالة صريحة على حق المتبايعين فى خيار المجلس وأن لهما الحق فى إمضاء العقد أو نقضه ولا يبطل ذلك إلا بواحد من أمرين.

١-اختيار إمضاء العقد وإن لم يفترقا.

٢-التفرق بأبدانهما من المجلس وينقطع الخيار بموت أحدهما لا جنونه وهو على خياره إذا أفاق ولا يثبت لوليه.

واستدلوا رابعًا : بما رواه أبو داود والدار قطنى عن أبى الوضاء

---

[1] متفق عليها المصدر السابق – سبل السلام ٢ / ٣١ شرح السنة للبغوى ٨ / ٤٤.

[2] المصدر السابق، نصب الراية ٤ /١ وما بعدها، شرح السنة للبغوى ٨ /٣٩ وما بعدها.

[3] رواه الخمسة إلا ابن ماجه نيل الأوطار ٥ / ١٨٧، سبل السلام ٣ / ٣٣، نصب الراية ٤ / ٢.

قال : كنا في سفر في عسكر فأتى رجل معه فرس، فقال رجل منا: أتبيع هذا الفرس بهذا الغلام ؟ قال : نعم فباعه، ثم بات معنا، فلما أصبح قام إلى فرسه، فقال له صاحبنا مالك والفرس أليس قد بعتنيها ؟ فقال : ما لي في هذا البيع من حاجة، وقال : مالك ذلك لقد بعتني فقال لهما القوم : هذا أبو برزة صاحب رسول الله ﷺ فأتياه فقال لهما : أترضيان بقضاء رسول الله ﷺ ؟ فقالا : نعم. فقال : قال رسول الله ﷺ : «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا وإني لا أراكما افترقتما»[١] .

## ٨ ـ وأما المعقول :

فهو أن للناس حاجة في هذا الخيار، لأن الإنسان قد يبيع صفقة أو يشتريها ثم يبدو له أنه قد غبن فيها، أو أن البيع والشراء ليس في صالحه فيندم على ذلك ويحتاج إلى التدارك بالفسخ فيكون خيار المجلس مشروعًا لتحقيق هذا المعنى.

## ٩ ـ أدلة من يقول ببطلان خيار المجلس :

وقد استدل أصحاب المذهب الثاني الذين يرون أن البيع لا يثبت فيه خيار المجلس.

**أولاً** : بأن البيع يتم بالإيجاب والقبول، وقد أمر الله سبحانه وتعالى بالإشهاد على العقد بقوله : ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[٢] فلو ثبت خيار المجلس لكانت الآية غير مفيدة، لأن الإشهاد إن وقع قبل التفرق لم يطابق الأمر،

---

[١] انظر المغني لابن قدامة ٣ / ٥٦٥ - ٥٦٦، نيل الأوطار ٥ / ٨٨، نصب الراية ٤ / ٢، المحلى لابن حزم ٨ / ٣٥٣، شرح السنة للبغوي ٨ / ٤٠، منتهى الإرادات ١ / ٣٥٧ وقد نص فيه على أنه (تحرم الفرقة خشية الاستقالة).

[٢] سورة البقرة من الآية ٢٨٢.

لأن البيع لم يتم وإن وقع بعد التفرق لم يصادف محلاً[١] .

وثانيًا : بقوله سبحانه وتعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[٢] .

ووجه الدلالة من هذه الآية أنه بمجرد الرضا الذى يعرف بالإيجاب والقبول يتم البيع.

وثالثًا : يقول الله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٣] . ووجه الدلالة من هذه الآية : إن فى إثبات خيار المجلس بعد تمام العقد فيه نفى للزوم الوفاء بالعقد الذى تم وهو ما يخالف مقتضى الآية ومدلولها لأنه إذا عقد ولم يبرم لم يكن وفاء، وإذا عقد ورجع عن عقده لم يكن بين الكلام والسكوت فرق، بل السكوت خير منه، لأنه لم يتعب ولا التزم ولا أخبر عن شىء، فتبين الأمر وتقدم العذر، وإذا عقد وحل بعد ذلك كان كلامه لغوًا وتعبًا وما الإنسان لولا اللسان وقد أخبر بلسانه عن عقده الذى يدل على رضاه فأى شىء بعد ذلك يمكن الاستناد إليه والتعويل عليه فى عدم ثبوت خيار المجلس.

ورابعًا : بما روى عن محمد بن بكر البصرى أن رسول الله ﷺ قال : «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله فالافتراق هنا يحمل على الافتراق بالقول وهوما يشهد له قوله تعالى : ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ

---

[١] انظر سبل السلام ٣ / ٣٢، نيل الأوطار ٥ / ١٨٦.

[٢] سبق تخريج هذه الآية.

[٣] سورة المائدة، من الآية ١.

﴿بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾ فالافتراق هنا يراد به الافتراق بالقول كما يقال تشاور القوم فى كذا فافترقوا عن كذا، ويراد به الاجتماع على قول والرضا به وإن كانوا مجتمعين فى المجلس.

## ١٠ـ وأما من المعقول :

فإن العقد يتم من الجانبين بالإيجاب والقبول ويدخل المبيع فى ملك المشترى والفسخ بعده لا يكون إلا بالتراضى لما فيه من الإضرار بالآخر بإبطال حقه كسائر العقود، وما رواه الإمام الشافعي ومن معه محمول على خيار القبول فإنه إذا أوجب أحدهما فلكل منهما الخيار ما داما فى المجلس ولم يأخذا فى عمل آخر وفى لفظه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة البيع حقيقة وما بعده أو قبله مجاز كسائر أسماء الفاعلين مثل المتجاذبين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالأقوال كما فى قوله تعالى : ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ﴾[1] لأنه إذا طلقها على مال تحصل الفرقة بقبولها.

## ١١ـ مناقشة الأدلة :

بالنظر فى الأدلة التى استدل بها كل فريق من العلماء والفقهاء الذين يقولون بإثبات خيار المجلس ونفيه.

نجد أن من يقولون بإثبات خيار المجلس يستندون إلى الأحاديث التى يرويها عبد الله بن عمر وغيره وهذه الأحاديث وإن كانت ثابتة إلا أنها يتطرق إليها الاحتمال بتأويلها بالتفرق بالأقوال لا بالأبدان والذى جرهم إلى القول بهذا الرأى هو إيجاب القبول على الفور من العاقد الثانى ولو جعلوا للعاقد فرصة التروى بالقبول أو الرفض ما احتاجوا إلى القول

---

[1] سورة النساء من الآية ١٣٠ وانظر تبيين الحقائق ٤ / ٣، مجمع الأنهر ٢ / ٧.

بخيار المجلس الذى ينفى التراضى ويوجب الغرر بالنسبة إلى العاقد الآخر الذى رضى بالعقد بإتمام الإيجاب والقبول.

وقول ابن عمر معارض بقول عمر نفسه وما روى عنه رضى الله عنه بأن البيع صفقة أو خيار ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرده كالنكاح والخلع وإذا تعارضا تساقطا.

والإمام مالك قد روى هذا الحديث فى موطئه وعمل بخلافه لأنه يحتمل التأويل بالتفرق بالأقوال لا بالأبدان وعمل الراوى بخلاف ما روى يدل على ضعفه والحديث إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

وقد نوقشت أدلة المانعين لخيار المجلس التى استدلوا بها من النصوص القرآنية بأنها وردت مطلقة وقد قيدت بالأحاديث التى استند إليها الفريق الأول وثانيًا : بأن اللفظ لا يحتمل ما قالوه إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ أو اعتقاد إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه.

وثالثًا : بأن هذا يبطل فائدة الحديث إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد فى إنشائه واتمامه أو تركه.

وغير ذلك من الأقول والتأويلات التى قيلت لرد أدلة الفريق الثانى الذى يقول ببطلان ثبوت خيار المجلس.

**١٢- الرأى الراجح :**

والذى أراه وتطمئن إليه النفس ترجيح رأى الفريق الثانى وعدم القول بإثبات خيار المجلس، لأن القول به مبطل للإيجاب والقبول الذى تم من المتعاقدين ويظهر عدم الفائدة من جريانه بينهما ولو قلنا بخيار القبول الذى يقول به الحنفية والمالكية والذى يمتد إلى نهاية المجلس والمجلس

جامع للمتفرقات لكان فى ذلك غنية عن القول بخيار المجلس والذى دعاهم إلى القول به هو وجوب الفورية بالنسبة للقبول من العاقد الثانى ولو أثبتوا خيار القبول الذى يثبت به التروى والتشاور لو احتاج الأمر إلى ذلك حتى لا ينقض قول قد أقدما عليه باختيارهما.

والقول بذلك الخيار لا يتحقق منه الغرض المطلوب بمراجعة النفس والندم على ذلك العقد إذ قد يبطل غرضه بالرجوع عن العقد بقيام العاقد الآخر من المجلس ومشيه خطوات ليلزم البيع كما ثبت عن ابن عمر أنه قال بعت من أمير المومنين عثمان مالا بالوادى بمال له بخيبر فلما تبايعنا رجعت على عقبى حتى خرجت من بينه خشية أن يرادَّ فى البيع وكانت السنة إن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا[١].

فأين هى فرصة التدارك بالفسخ ما دام ذلك يبطل بخروج العاقد الآخر من المجلس ومشيه خطوات على عقبه.

فالأولى تأويل الأحاديث على أن المراد بها التفرق بالأقوال لا بالأبدان وبذلك نكون قد عملنا بها وبالآيات التى تدل على الوفاء بالعقود التى تتم بالإيجاب والقبول[٢] والله أعلم.

---

[١] انظر نيل الأوطار ٥ / ١٨٨، وهذه أحاديث آحاد يقدم عليها عمل أهل المدينة لأنه كالمتواتر والمتواتر يفيد القطع والآحاد يفيد الظن، حاشية الدسوقى ٣ / ٩٢.

[٢] انظر تبين الحقائق ٤ / ٣، مجمع الأنهر ٢ / ٧، فتح القدير مع العناية على الهداية ٥ / ٨١، المغنى لابن قدامة ٣ / ٥٦٤، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزئ الكلبى ص ٣٠٠، بدائع الصنائع ٥ / ٢٢٨. حاشية الصاوى ٢ / ٥٢.

# المطلب الثانى

# فـــى

# خيار الشرط

**١٣ـ تعريفه :**

خيار الشرط ويقال له خيار التروى الناشئ عن الشرط فهو مضاف إلى سببه :

وهو خيار النظر فى إمضاء عقد البيع أورده ولا يثبت لأحد المتبايعين أولهما معًا أو لغيرهما إلا بشرط عند العقد فإن شرط لأحدهما فالقول قوله فى إمضاء البيع ورده وإن شرط لكل منهما واتفقا على الإمضاء أو الرد لزمًا ما اتفقا عليه وإن اختلفا، فالقول قول من أراد الرد منهما[1].

وصورة هذا الخيار أن يقول البائع للمشترى بعتك سيارتى بخمسة عشر ألفًا من الجنيهات على أن لى الخيار فى إمضاء هذا البيع أو فسخه فى خلال ثلاثة أيام ويقبل المشترى ذلك.

وقد يشترط المشترى لنفسه بأن يقول للبائع اشتريت منك السيارة بخمسة عشر ألفًا من الجنيهات على أن لى الخيار ثلاثة أيام ويقبل البائع ذلك.

---

[1] انظر مشروع تقنين الشريعة فى مذهب الإمام مالك ١ / ١٣٦، وعلى مذهب الإمام أحمد ١ / ١٠٢ القوانين الفقهية، ص ٢٩٩، الشرح الصغير ٢ / ٥٠ - ٥٢، تبيين الحقائق ٤ / ١٤، فتح القدير ٥/ ١١٠، المبسوط ١٣ / ٣٨، مجمع الأنهر ٢ / ٢٣، قليوبى وعميرة ٢ / ١٩٢، المهذب ١ / ٢٥٨، كشاف القناع ٢ / ٤٩، السيل الجرار ٣ / ١٠٦، شرائع الإسلام ٢ / ٢٧٤، المغنى لابن قدامة ٣ / ٥٨٥، حاشية الدسوقى ٣ / ٩٢، بدائع الصنائع ٥ / ٢٢٨، حاشية الصاوى على شرح الدردير ٢ / ٥٢، شرح الطحاوى، ص ٧٥، كفاية الأخبار ١ / ١٥٥.

وقد يشترط الخيار لكل منهما ويقبلان ذلك وقد يشترطانه لأجنبى كذلك.

## ١٤- سببه وحكمة مشروعيته :

وسبب هذا الخيار يرجع إلى اشتراطه فى العقد من أحد المتعاقدين ولذلك سمى خيار الشرط من إضافة الشىء إلى سببه وهذا الشرط صحيح وإن خالف مقتضى العقد لأن مقتضى العقد اللزوم بمجرد الإيجاب والقبول وشرط الخيار ينافى ذلك، لأنه يمنع لزوم العقد إلى مضى مدة الخيار كما سبق وقررنا ذلك.

وإنما شرع الخيار للتروى ومخافة الوقوع فى الغبن لحديث حبان منقذ الذى رواه عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال : «ذكر رجل -هو حبان بن منقذ- للنبى ﷺ أنه يخدع فى البيوع فقال : «إذا بايعت فقل لا خلابه»[١].

وفى رواية ثم انت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال إن رضيت فامسك وإن سخطت فارددها على صاحبها[٢].

ففى هذه الرواية إجازة صريحه من النبى ﷺ لخيار الشرط فيعتبر دليلاً على مشروعيته.

## ١٥- حكم خيار الشرط :

اختلف العلماء فى حكم خيار الشرط ومشروعيته إلى رأيين :

الرأى الأول : وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد ومن تبعهم وهو ماقال به جمهور الصحابة

---

[١] متفق عليه سبل السلام ٣ / ٣٣.

[٢] رواها البخارى فى تاريخه، نيل الأوطار ٥ / ١٨٣.

والتابعين من مشروعية خيار الشرط وجوازه للمتعاقدين.[١]

الرأى الثانى : ما ذهب إليه الثورى وابن شبرمة وطائفة من أهل الظاهر وابن حزم[٢] من عدم جواز خيار الشرط وبطلانه. وتجوز ابن حزم فلم يجزه إلا بلفظ لا خِلابة، لأن رسول الله أمر فيه بنص ولفظ فلا يجوز تعدى ذلك اللفظ إلى غيره سواء كان فى معناه أو لم يكن مادام قادرًا على ذلك اللفظ[٣] والرسول قد حدد لذلك حدًا فلا يجوز تعديه لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾.

**١٦ـ الأدلــــة :**

استدل من قال بعدم مشروعية خيار الشرط وهم أصحاب المذهب الثانى بأن فى مشروعية خيار الشرط عذر يقع فى العقد، لأن العاقدين حين العقد يعقدان للنفاذ واللزوم بمجرد الإيجاب والقبول وفى خيار الشرط وقف ذلك اللزوم والأصل اللزوم فى البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع وحديث حبان بن منقذ ورد متعلقًا وخاصًا برجل فيه ضعف فى العقل وأنه كان يغبن فى البياعات التى يقوم بها من بيع وشراء على ما نصت عليه رواية أنس «أن رجلاً على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وفى عقدته ضعف فدعاه ونهاه فقال : «يا نبى الله إنى لا أصبر عن البيع» فقال : «إن كنت غير تارك

---

[١] وقد نصت المادة "٣٣٠" من مرشد الحيران على فقه الحنفية على أن (خيار الشرط يصح فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة كالبيع والإجارة والمساقاه والمزارعة والقسمة فى القيمات المتحدة والمختلفة جنسًا والصلح عن مال والرهن والكفالة والحوالة والإبراء والوقف والإقالة والخلع وفى ترك الشفعة بعد الطلبين الأولين).

[٢] المحلى لابن حزم ٨/ ٣٧٠ مسألة ١٤٢٠، شرح السنة للبغوى ٨/ ٤٨، تحفة الفقهاء ١/ ٦٦.

[٣] انظر المحلى لابن حزم ٣/ ٤٠٩ - ٤١٠.

للبيع هاوهًا ولا خلابه»[١].

فهذا دليل على أنه لا يشرع إلا لمن كان فى عقله ضعف فهو خصوصية لهذا الرجل الأنصارى ولمن كان فى مثل حالته وذلك دفعًا للغبن عنه باستشارة من يرى الرجوع إليه ممن عنده خبرة بالتجارات.

**١٧ - واستدل جمهور الفقهاء :**

الذين يقولون بمشروعية خيار الشرط وجوازه

أولاً : بما روى أن حبان بن منقذ بن عمر والأنصارى رضى الله عنه كان يغبن فى البياعات فقال له النبى عليه الصلاة والسلام إذا بايعت تقل لا خلابة - أى لا خديعة ولى الخيار ثلاثة أيام[٢].

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد إلا أنهم قد جوزوه بهذا النص على خلاف القياس.

وثانيًا : بما رواه أصحاب السنن أن رسول الله ﷺ رد بيع من اشترى شاة ومن اشترى بعيرًا مع شرط الخيار أربعة أيام وقال فى كل حادثة من هاتين الحادثتين «إنما الخيار ثلاثة أيام».

وفى حديث النصرية قال : فهو بالخيار ثلاثة أيام[٣].

---

[١] رواه الخمسة وصححه الترمذى، انظر نيل الأوطار للإمام الشوكانى ٥ / ١٨٢، نصب الراية ٤ / ٦، شرح السنة للبغوى ٨ / ٤٦.

[٢] انظر نيل الأوطار ٥ / ١٨٢ - ١٨٣، سبل السلام ٣ / ٣٣ وقد روى هذا الحديث عن ابن عمر وهو متفق عليه وعن أنس وقد خرجه الخمسة وعن محمد بن يحيى بن حبان وقد خرجه البخاري فى تاريخه، شرح السنة للبغوى ٨ / ٤٨.

[٣] سبل السلام ٣ / ٢٦، المحلى لابن حزم ٨ / ٧٢م، المصدر السابق.

فقد أثبت الرسول ﷺ خيار الشرط فى الروايتين الأوليين فدل ذلك على جوازه وصحة العمل به فى مثل ما أشارت إليه الرواية الأولى وقدره بثلاثة أيام.

## ١٨ـ مناقشة الأدلة :

وقد ناقش النافون لخيار الشرط أصحاب الرأى الأول الذين يجوزونه بما يأتى :

أولاً : بأن أحاديث عبد الله بن عمر، وحديث أنس، وحديث محمد بن يحيى بن حبان منقذ كلها جاءت في حقه وكان ذلك بسبب رغبته فى مباشرة البيع مع ما فيه من ضعف فى عقله ولذلك قال له الرسول ﷺ «قل لا خلابة» أى لا خديعة فهو خاص به ولا يلزم من ذلك ثبوت الخيار ولأنه لو أثبت له الخيار كانت قضية عين لا عموم لها، فلا يتعداه إلى غيره إلا بدليل.

وقد أجيب عن ذلك :

بأن ذلك وإن كان مسلمًا وأن السبب فى مشروعيته هو حبان بن منقذ فإن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما هى القاعدة المعروفة، ولأنه لما شرط رسول الله ﷺ الخيار لحبان بن منقذ ثلاث ليال فيما ابتاع، فكذلك شرطه ﷺ -أيضًا- فى المصراة ثلاثة أيام فدل ذلك على اعتبار خيار الشرط والتسليم بمشروعيته عملاً بما قرره الرسول ﷺ ويؤيد ذلك ما روى من رده ﷺ لبيع من اشترى شاة، ومن اشترى بعيرًا وجعل لهما الخيار ثلاثة[١].

---

[١] انظر بداية المجتهد ٢ / ٢٢٦، نيل الأوطار ٥ / ١٨٤.

وثانيًا : بأن ما استدلوا به ثانيا معارض بوروده على خلاف القياس لنهى الرسول ﷺ عن بيع وشرط وقد روى أن النبى ﷺ «نهى عن بيع وشرط»(١) .

وقد أجيب عن ذلك :

بأن ما ورد من حديث نهى النبى ﷺ عن بيع وشرط فلا يصح الاستدلال به، لأنه من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وقد ذكر بعض علماء الحديث ما فى روايته من ضعف، لأنه لم يلق جده ولأنه قد ورد فى معرض الأحديث المتعارضة مع ما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما عن البنى ﷺ «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا ربح ما ليس عندك»(٢) .

وفضلاً عن ذلك فإنه لا يصح القياس فى هذا الباب لصحة حديث حبان منقذ الذى اعتبر دليلاً على جواز خيار الشرط.

وثالثًا : قالوا كيف جاز للبائع والمذكور فى النص هو المشترى

ويجاب عن ذلك بأن فى النص إشارة إلى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولأن البائع فى معنى المشترى فى معنى المناط فيلحق به دلالة.

**١٩ - الرأى الراجح :**

بالنظر فى أدلة كل فريق من الفقهاء المجوزين والمانعين وما وجه من مناقشات والإجابة عنها فإننى أرى أن رأى المجوزين لخيار الشرط أولى بالقبول وأجدر بالاعتبار لقوة أدلتهم ولقوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون على شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً»(٣) .

---

(١) المصدر السابق، ص ١٧٩.

(٢) انظر نيل الأوطار ٥ / ١٧٩.

(٣) أخرجه الحاكم عن طريق كثير بن عبد الله.

ويؤيد ذلك ما روى عن عبد الله بن عمر «كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار»[١] .

وقول الله سبحانه وتعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك[٢] .

## ٢٠- مدة خيار الشرط :

اتفق الفقهاء جميعا على أن مدى الخيار إذا كانت ثلاثة أيام فأقل فإنها تكون صحيحة ويجب العمل بها، لأنها المنصوص عليها فى حديث حبان بن منقذ وفى حديث المصراة وفى حديثى بيع الشاة والبعير المتقدمين.

أما إذا زادت المدة عن الثلاثة أيام فقد اختلف فيها الفقهاء :

١- فيرى الإمامان أبو حنيفة والشافعى وزفر من الحنفية وابن حزم أنه إذا زادت المدة عن ثلاثة أيام فإن الشرط يكون فاسدًا إلا إذا أجاز منه له الخيار فى الثلاثة أيام فإنه ينقلب صحيحًا لزوال المفسد قبل تقرره عند أبى حنيفة خلافًا لزفر والشافعى حيث يقولان العقد فاسد أفلا ينقلب صحيحًا وجائزًا كالنكاح بغير شهود حيث لا ينقلب صحيحًا بالإشهاد.

ووجه عدم جواز الزيادة على الثلاثة حديث حبان بن منقذ وقول الرسول ﷺ له «إذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام» ووجهه أن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم أولاً فيكون مفسدًا لكنه

---

[١] متفق عليه نيل الأوطار ٥ / ١٨٤.

[٢] الجامع الصغير ٢ / ١٨٦ خرجه الحاكم عن أنس وعائشة.

جوز بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة لا ما فوقها[١] .

٢- ويرى الإمام أحمد وأبو يوسف ومحمد من الحنفية والزيدية وابن المنذر[٢] والإمامية وداود الظاهرى إلى أنه يجوز اشتراط أكثر من ثلاثة أن بين مدة معلومة أى مدة كانت طويلة أو قصيرة لما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه أجاز الخيار إلى شهرين، ولأن الخيار شرع للتروى لدفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به فشابه التأجيل فى الثمن فإنه جائز قلت المدة أو كثرت للحاجة ويجاب عن ذلك بأن حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر ولئن سلم أنهما سواء فالمذكور فى حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز أن يكون المراد به خيار الرؤية والعيب وأنه أجاز الرد بهما بعد الشهرين.. والقياس على التأجيل فى الثمن غير صحيح، لأن الأجل يشترط للقدرة على الأداء وهى إنما تكون بالكسب وقد لا يتيسر فى المدة القليلة فيحتاج إلى مدة طويلة[٣] .

٣- وأما الإمام مالك فالخيار عنده ليس له مدة محددة فى نفسها وإنما

---

[١] انظر مجمع الأنهر ٢ / ٢٣ - ٢٤، فتح القدير ٥ / ١١٠ وما بعدها، بدائع الصنائع ٥ / ٢٢٨، المحلى ٨ / ٤٠٩ تبين الحقائق ٤ / ١٤، نصب الراية ٤ / ٨، وقد نصت المادة (٣٢٩) من مرشد الحيران على (أنه يجوز أن يشترط في العقد أوبعده الخيار بفسخه أو إمضائه فى مدة ثلاثة أيام لا أكثر فى العقود كلها إلا في الوقف والكفالة وللمحتال بالدين فيجوز فيها فى أكثر من الثلاث وتعتبر مدة الخيار من وقت العقد لو كان الشرط فيه فلو بعده فمن وقت الشرط).

[٢] المغنى لابن قدامة ٣ / ٥٨٥ والمراجع السابقة، شرائع الإسلام ٢ / ٢٧٤، السيل الجرار ٣ / ١٠٦، نصب الراية ٤ / ٨.

[٣] انظر العناية بهامش فتح القدير ٥ / ١١١، مجمع الأنهر ٢ / ٢٤، تبيين الحقائق ٤ / ١٤ وما بعدها، بداية المجتهد ٢ / ٢٢٦، القوانين الفقهية، ص ٢٢٩، قليوبى وعميره ٢ / ١٩٢، المهذب ١ / ٢٥٨.

يتقدر حسب الحاجة وحسب اختلاف المبيعات وتفاوتها.

فهو في الدار ومثلها من العقار مقدر بشهر وستة أيام، وبسبعة أيام أو خمسة في اختيار الجارية والرقيق وثلاثة أيام في دابة ليس شأنها الركوب ويومًا أو يومين في اختيار الثوب وبالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختبار المبيع[١] واعترض على ذلك بأن تقدير المدة بالحاجة لا يمكن ضبطها لخفائها واختفائها وإنما يطلب بمظنتها وهو الأقدام فإنه يصلح أن يكون ضابطًا[٢].

٤- وأما الخيار المطلق غير المحدد بمدة معلومة فقد أجازه الثوري والحسن بن جني وقول لأحمد وجماعة وبه قال مالك ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله.

## ٢١ ـ الرأي الراجح :

وما قال به الإمام أحمد وصاحبا أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد بن الحسن والزيدية والإمامية وابن المنذر أقرب إلى القبول بعدم تحديد مدة الخيار بمدة معينة ولكن يترك ذلك لتقدير العاقدين حسب رؤيتهما بما يحقق الحاجة من شرع الخيار وهو التروي تحقيقًا لليسر ودفعًا للعسر كما في تأجيل الثمن وتسليم المبيع والله أعلم[٣].

---

[١] انظر حاشية الدسوقي ٣ / ٩٣، بداية المجتهد ٢ / ٢٢٦، حاشية الصاوي ٢ / ٥٢ وما بعدها والقوانين الفقهية، ص ٢٩٩.

[٢] المغني ٢ / ٥٨٦ / ٥٨٨، بداية المجتهد ٢ / ٢٢٦.

[٣] انظر شرائع الإسلام ٢ / ٢٧٤، السيل الجرار ٣ / ١٠٦، الميزان للإمام الشعراني ٣ / ٦٣، وقد نص فيه بتصرف على أنه (يجوز شرط الخيار ثلاثة أيام في قول أبي حنيفة والشافعي ولا يجوز فوق ذلك مع قول الإمام مالك يجوز بقدر ما تدعو إليه الحاجة ويختلف ذلك باختلاف الأموال. فالفاكهة التي لا تبقى أكثر من يوم لا يجوز شرط الخيار فيها أكثر من يوم والقرية التي لا يمكن الوقوف عليها في

## ٢٢ ـ متى تبدأ المدة فى خيار الشرط وآثاره :

قد عرفنا أن خيار الشرط إنما يكون بعد العقد لا قبله فعلى ذلك تبدأ مدته من حين العقد لا من وقت التفرق، لأن الاشتراط سبب لثبوت الخيار والمدة فيه ملحقه بالعقد فيكرن ابتداؤها منه كالأجل، ولأنه لو اعتبر حين التفرق صار أول مدة الخيار مجهولاً لأنه لا يعلم متى يفترقان أو من حين اشتراطه فى زمن الخيار وتنتهى بدخول أو غايتها فإن قال لى الخيار إلى الغد لم يدخل الغد، لأن لفظ (إلى) لانتهاء الغاية[1].

ويترتب على خيار الشرط فى عقد البيع ما يلى :

١- أن لكل من شرط له الخيار من المتبايعين الحق فى إمضاء العقد أو فسخه باللفظ فيختار خير الأمرين له ولا يلزم أن يكون ذلك باللفظ، بل يصح أن يكون إمضاء العقد أو فسخه باللفظ أو بالفعل بأن يتصرف فيه تصرفًا لا يكون إلا من مالك بأن يؤجره أو يرهنه أو يبيعه وأن لم يعقب ذلك تسليمه إلى المستأجر أو المرتهن أو المشترى فإن العقد يلزم فى كل هذه الصور لامضائه صراحة أو دلالة من المشترى، كما يلحق بذلك ما لو ان أرضًا فبنى فيها أدواته أو دابة فعمرها بالسكنى أو دابة

---

ثلاثة أيام يجوز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام، ومع قول أحمد وأبى يوسف ومحمد يثبت من الخيار ما يتفقان على شرطه كالأجل.

فالأول فيه تشديد تبعًا للأدلة الصحيحة فى ذلك والثانى فيه تخفيف والثالث مخفف فرجع الأمر إلى مرتبتى الميزان.

ووجه الثانى والثالث راجع إلى اجتهاد المجتهد بحسب اختلاف مراتب الناس فى تعظيم أمور الدنيا وهو أنها عليهم ورؤيتهم الحظ الأوفر لأخيهم أو لأنفسهم) وانظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ١ / ١٥٩ بهامش الميزان.

[1] انظر مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد، ص ١٠٧، السيل الجرار ٣ / ١٠٦، المهذب ١ / ٢٥٨.

فانتفع فيها بركوبها فى قضاء حاجاته إذا كانت مما يركب[1] .

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا قال أجزت العقد أو أمضيته باللفظ الذى يفيد ذلك فإنه يلزم العقد بدون حاجة إلى حضرة العاقد[2] الآخر وإذا لزم لم يجز فسخه إلا بتراض من المتبايعين عن طريق عقد الإقالة.

وأما فى حالة الفسخ فقد اتفقوا على أنه إذا كان العاقد الآخر حاضرًا وعلم بالفسخ صح وبطل العقد واعتبر كأن لم يكن.

## ٢٣ - وحقيقة الفسخ :

حل ارتباط العقد واختلفوا فى حالة عدم حضوره وعلمه إلى رأيين:

أما الأول : فأبو حنيفة ومحمد لا يجيزان الفسخ إلا إذا كان العاقد الآخر حاضرًا.

والثانى : قول مالك والشافعى وأحمد وأبو يوسف لا يشترطون حضور الخصم ولا قضاء القاضى.

## الأدلـــــة :

١-استدل الفريق الثانى بأن من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالإجازة، وهو قياس لأحد شطرى العقد على الآخر فلما لم يشترط الرضى عند الإجازة لا يشترط كذلك عند الفسخ وهذا كالوكيل بالبيع فإن له أن يتصرف فيما وكل به وإن كان الموكل غائبًا لأنه مسلط من جهته.

---

[1] فتح القدير مع العناية ٥ / ١٢٠، المغنى ٣ / ٥٦٩ - ٥٧٦.

[2] وقد نصت المادة (٣٣٥) من مرشد الحيران على (أن العقد المشروط فسخه بالخيار يتم ويلزم إذا أجازه من له الخيار فى المدة المعينة قولاً أو فعلاً ولو لم يعلم الآخر.

والإجازة القولية والفعلية هى كل قول أو فعل يدل على رضا من له الإجازة بلزوم العقد).

٢-واستدل الإمام أبو حنيفة ومحمد بأن الفسخ تصرف فى حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يخلو عن المضرة؛ لأنه إذا كان الخيار للبائع فالمشترى عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ولا خفاء فى كونه ضررًا.

وأما إذا كان الخيار للمشترى فالبائع قد يعتمد تمام البيع فلا يطلب لسلعته مشتريًا وقد تكون المدة أيام رواج المبيع الذى ربما لا يتكرر وفى ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر فى حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما فى عزل والوكيل[1] بخلاف الإجازة.

**٢٤ ـ الترجيح :**

والذى يظهر لى هو رجحان قول الإمام أبى حنيفة ومحمد لأن القياس على الإجازة التى تستلزم نفاذ العقد الموقوف لقيام الفرق وهو الإلزام والرضى غير مشروط فى حالة الفسخ، بل المراد هو العلم فقط وهذا لا ينافى تسلط من له الخيار فى الفسخ لأن مبنى الإلزام على العلم لا على الرضا.

وعلى هذا إذا فسخ فى حالة غيبة صاحبه وبلغه فى المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضى المدة تم العقد بمضى المدة قبل الفسخ والله أعلم[2] .

---

(١) انظر فى ذلك فتح القدير مع العناية ٥ / ١٢١ - والمراجع السابقة المغنى ٣ / ٥٦١، وقد نصت المادة (٣٣٤) من مرشد الحيران على أنه ينفسخ العقد المشروط فسخه بالخيار إذا فسخه من له الخيار قولاً أو فعلاً فى المدة المعينة له، ويشترط علم الآخر فى المدة فى الفسخ القولى لا الفعلى، والمراد بالفسخ القولى أو الفعلى كل قول أو فعل يصدر ممن له الخيار ما لا على فسخ العقد). انظر رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ١ / ١٦٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٣٨.

(٢) انظر المصدر السابق.

**٢٥ ـ** إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الحق فى الفسخ بطل الخيار ولزم البيع لأن اللزوم هو مقتضى عقد البيع وقد تخلف هذا اللزوم باشتراط الخيار، فإذا انقضت مدته لزم العقد بمقتضاء لخلوه عن المعارض وذلك عند الإمام أبى حنيفة والشافعى وأحمد؛ لأنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل، ولأن الحكم ببقائها يقضى إلى بقاء الخيار فى غير المدة التى شرطاه فيها والشرط سبب الخيار فلا يجوز أن يثبت به ما لم يتناوله؛ ولأنه حكم مؤقت ففات بفوات وقته كسائر المؤقتات، ولأن البيع يقتضى اللزوم وإنما يختلف موجبه بالشرط ففيما لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجبه لزوال المعارض كما لو أمضوه[1].

وأجاز الإمام مالك والقاضى من الحنابلة الرد بعد مضى المدة اليسيرة كاليوم واليومين بعد انقضاء مدته، لأن مدة الخيار ضربت لحق له لا لحق عليه فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان[2].

**٢٦ ـ والراجح :**

هو القول الأول كان التحديد عديم الفائدة مادام الأمر يمتد بعد مضى مدته والله أعلم.

---

[1] قد نصت المادة (٣٣٧) من مرشد الحيران على أنه (يتم العقد ويلزم بمضى مدة الخيار بدون فسخ ولا إجازة العقد ممن شرط له الخيار).

[2] انظر المغنى ٣ / ٥٩١، الشرح الصغير ٣ / ٥٤، انظر الميزان ٢ / ٦٤، وقد نص فيه بتصرف على أنه (إذا مضت مدة الخيار من غير اختيار فسخ ولا إجازة لزم البيع عند الأئمة الثلاثة مع قول مالك أن البيع لا يلزم بمجرد مضى المدة، بل لابد من اختيار أو إجازة فالأول مخفف والثانى فيه تشديد واحتياط للدين فرجع الأمر إلى مرتبتى الميزان) رحمة الأمة ١ / ١٥٩، ص ٥١ تراجع سطر ٦.

**٤٧ -** والخيار إذا كان لكل من المتعاقدين البائع والمشترى يمنع خروج المبيع عن ملك البائع وخروج الثمن عن ملك المشترى لأن العقد موقوف على إجازتهما ولأن الخيار يمنع خروج البدل ممن له الخيار، فإذا كان الخيار لهما منع خروج البدل عن ملكهما وهذا بالاتفاق.

أما إذا كان الخيار للبائع فإنه يمنع خروج المبيع عن ملكه، لأن تمام السبب الذى هو المبيع بالمراضاة، لقوله تعالى : ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ ولا يتم الرضا مع الخيار، لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب فى حقه، ولهذا لا يملك المشترى التصرف فيه وأن قبضه بإذن البائع.

وإذا قبضه المشترى بإذن البائع فهلك فى يده فى مدة الخيار ضمنه بالقيمة إن لم يكن مثليًا، لأنه كالمقبوض على رسوم الشراء وفيه القيمة لانفساخ البيع بالهلاك وذلك عند الحنفية ومالك ومشهور قول الشافعى.

وأما الإمام أحمد والقول الثانى للشافعى فإنه يضمن عندهما بالثمن وهو رواية عن مالك، لأن البيع بمجرد الإيجاب، والقبول يخرج المبيع عن ملك البائع ولو كان الخيار له لأن السبب قد تم بالإيجاب والقبول وثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب.

وابن أبى ليلى لا يضمن المشترى لأنه يعتبر المبيع أمانة فى يده وإذا هلك بدون تعد لا يضمن كما فى الأمانة.

**٤٨ - الراجح :**

هو القول الأول القائل بضمانه بالقيمة إذا هلك فى يد المشترى لأن

حكم البيع لم ينعقد بانتقال الملك فى المبيع للمشترى وللبائع فى القيمة وإنما الذى تمت هى صورة العقد ولا تفيد فى ثبوت الحكم لأنه موقوف[1].

٢٩ ـ وإذا كان الخيار للمشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع بالاتفاق ولكن هل يدخل فى ملك المشترى قولان :

الأول : ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من أنه لا يدخل فى ملك المشترى وهو قول لأحمد، لأنه لو دخل فى ملكه فى الوقت الذى لم يخرج فيه الثمن عن ملكه اجتمع البدلان فى ملك رجل واحد حكمًا للمعاوضة ولا أصل له فى الشرع، لأن المعاوضة تقتضى المساواة.

والثانى : ما ذهب إليه الإمام أحمد فى قوله الثانى وأبو يوسف ومحمد من أنه يملكه المشترى، لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلاً لا إلى مالك فيكون سائبة ولا عهد لنا به فى الشرع والحق أن الملك ينتقل فى زمن الخيار إلى المشترى مادام قد خرج عن ملك البائع لقوله عليه الصلاة والسلام : «من باع عبدًا وله مال فماله لبائعه إلا أن يشترط المبتاع» (رواه مسلم) فجعل المال للمبتاع باشتراطه وهو عام فى كل بيع فشمل بيع الخيار، لأن البيع تمليك بدليل صحته بقوله هلكتك فيثبت به الملك فى بيع الخيار كسائر البيع.

وعلى هذا إذا هلك البيع فى يد المشترى ولو فى مدة الخيار هلك بالثمن بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع، ثم هلك فى يد المشترى فإنه يهلك بالقيمة.

---

[1] انظر فتح القدير والعناية ٣ / ١١٦.

٣٠ـ وإذا كان الخيار للمتبايعين ومات أحدهما لزم العقد من ناحيته وكان العاقد الآخر على خياره وكذلك إذا مضت المدة دون أن يختار أحدهما فإن العقد يلزم بمضيها بالنسبة لمن مضت مدته -كما مر- دون الآخر التي لم تمض مدته فإنه يبقى على خياره.

وإذا كان الخيار لهما فماتا تم العقد، أو إذا جن من له الخيار أو أغمى عليه ونام أو سكر بحيث لا يعلم حتى مضت المدة الصحيح أنه يسقط الخيار ويصير العقد لازمًا وقيل لا يسقط[1].

٣١ـ إذا مات من له الخيار انتقل حق الخيار لورثته عند مالك والشافعي وأحمد في قول بشرط اشتراطه قبل موته وذلك لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجرى فيه الإرث كخيار العيب والتعيين ويعتبر رد الواحد منهم ردًا للجميع إذا كان الخيار للمشترى حتى لا تتفرق الصفقة وإذا كان الخيار للبائع تعتبر إجازة بعضهم كإجازة كلهم. وقال الإمام أبو حنيفة وأصحابه وأحمد في المشهور عنه إن حق الخيار لا ينتقل بموت من له الخيار إلى ورثته، لأن الخيار مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقالهما والإرث فيما يقبل الانتقال ولا يقاس خيار الشرط على خيار العيب، لأن المورث استحق المبيع سليمًا فكذا الوارث فإما نفس الخيار لا يورث، وأما الخيار التعيين فإنه يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير والقول الأخير هو الأولى بالقبول وذلك، لأن خيار الشرط بالطلب ولم يحصل ذلك من الورثة

---

[1] انظر الاختيار ٢ / ١٧، تحفة الفقهاء ١ / ٧٢، وقد نص فيها على أنه (إذا ذهب عقل صاحب الخيار بالجنون أو الإغماء في مدة الخيار ومضت المدة وهو كذلك صار العقد لازمًا لأنه عجز عن الفسخ فلا فائدة في بقاء الخيار فإذا أفاق في مدة الخيار كان على خياره لإمكان الفسخ والإجازة).

وإنما حصل من المورث والله أعلم[1].

## ٣٢- يسقط خيار الشرط بالأمور التالية :

١- إجازة العقد ممن له الخيار فى مدة الخيار سواء كان ذلك بالقول الصريح كأجزت العقد أو أمضيته أو أسقطت الخيار.

أو كان ذلك دلالة بالفعل كأن يتصرف المشترى فى المبيع وقت الخيار تصرفًا يدل على الإجازة بأن يبيعه أو يرهنه أو يهبه أو يؤجره، وكأن ينصرف البائع فى الثمن من بيع وهبة نحوه.

٢-فسخ العقد فى مدة الخيار ممن له الخيار سواء كان ذلك بالقول كفسخت العقد أو دلالة بالفعل كتصرف البائع فى المبيع والمشترى فى الثمن تصرف الملاك.

٣-مضى مدة الخيار من غير اختيار من له الخيار كما قررنا ذلك سابقًا.

٤- موت من له الخيار فى مدته قبل أن يختار وهل يورث عنه أم لا ذكرنا الخلاف فى ذلك والصحيح أنه لا يورث، لأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه[2]. فلم يورث كخيار الرجوع فى الهبة إلا إذا طالب مستحقه قبل موته فينتقل الحق إلى ورثته كشفعة وحد قذف[3].

---

[1] انظر فتح القدير والعناية ٥ / ١٢٥، مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد، ص ١١١، الشرح الصغير، قليوبى وعميرة ٢ / ١٩٥، القوانين الفقهية، ص ٣٠٠، وقد نصت المادة (٣٣٨) ٣ / ٥٥ من مرشد الحيران على أنه يلزم العقد أيضًا بموت من له الخيار من المتبايعين فى أثناء المدة قبل فسخه أو إجازته ولا يخلفه وارثه فإن كان الخيار للمتبايعين معًا ومات أحدهما لزم العقد من جهته ويبقى الحى على خياره إلى انتهاء المدة)، رحمة الأمة ١ / ١٦٠.

[2] مرجع سبق ذكره (انظر فتح القدير والعناية ٥ / ١٢٥).

[3] انظر الميزان ٢ / ٦٤، وقد نص فيه على أنه (إذا مات من له الخيار ينتقل الحق إلى وارثه عند الأئمة الثلاثة مع قول أبى حنيفة إن الخيار يسقط بموته وفى الوقت ينتقل الملك فيه إلى المشترى فى مدة الخيار إن كان الميت البائع ....)، تحفة الفقهاء ١ / ٧٢.

٥- تلف المبيع وتعييبه أو هلاكه فى يد البائع أو المشترى بعد قبضه.

٦- زيادة المبيع فى يد المشترى إذا كان الخيار لـه وكـان قد قبضـه بـإذن المالك سواء كانت الزيادة متصلة كالبنـاء علـى الأرض أو متولـدة منـه كالسمن للحيوان. أو منفصلة متولدة عن محل العقد كـالولد والصـوف واللبن والثمرة.

أما إذا كانت الزيادة منفصلـة غير متولـدة كـالأجرة فإنهـا لا تمنـع الخيار فإذا أمضى المشترى البيـع فتكـون الزيـادة لـه، وإذا فسـخه لا يـرد الزيادة لأنها نماء ملكه فتكون له ويرى بعض الفقهاء أنه يـرد الأصـل مـع الزيادة لأنها تابعة له[1].

## ٣٣ـ فرع فى خيار النقد وعدمه :

١- وأن أشترى المشترى سلعة كسيارة بثلاثين ألف جنيه على أنه إن لم ينقد الثمن ويدفعه للبائع فى خلال ثلاثة أيـام أو أقـل فـلا بيـع بينهمـا صح البيع استحسانًا للحاجة كشرط الخيار فى الصحة تحرزًا عن المماطلـة وذلك عند الإمام أبى حنيفة وصاحبيه أبى يوسف ومحمد وأحمـد والثـورى وإسحاق وأبى ثور ويعتبر خيارًا للمشترى وهذا إذا نقده الثمـن فـى خـلال الأيام الثلاثة.

ولا يصح البيع عند الإمامين مالك والشافعى وزفر[2] مـن الحنفيـة قياسًا؛ لأنه يعتبر بيعًا شرعت فيه الإقالة وهى شـرط مفسـد لتعلقهـا بشـرط

---

(١) انظر القوانين الفقهية، ص ٣٠٠.

(٢) مجمع الأنهر ٢ / ٢٤ وبهامشه بدا المنفى فـى شـرح الملتقى، وتبيين الحقـائق بحاشية الشـلبى ٤ / ١٥ ومنتهى الإرادات ١ / ٣٥٣ وقد نص فيه على أنه (يصح تعليق فسخ غير خلع بشرط كبعتك على أن تنقدنى الثمن إلى كذا لو على أن ترهنه بثمنه وإلا فلا بيع بيننا وينفسخ إن لم يفعل) ومثل هذا يسـمى بيع الأمانة وبيع الوفاء وبيع الإطاعة وبيع الخيار وانظر المغنى ٣ / ٥٩٣.

عدم النقد، والبيع بشرط الإقالة الصحيحة باطل فشرط الإقالة الفاسدة أولى ولأنه علق فسخ البيع على غرر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد مثلاً.

واستدل الإمام أبو حنيفة ومن معه بما روى أن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما باع ناقة بهذا الشرط ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضى الله تعالى عنهم فعد اجماعًا سكوتيًا.

ولأنه فى معنى خيار الشرط فلا يفسد، لأنه يتخير فى الأيام الثلاثة بين الفسخ والإمضاء، ويكون ترك النقد للثمن أمارة وعلامة على فسخ العقد، ونقد الثمن أمارة وعلامة على إمضاء العقد.

وهذا الشرط محتاج إليه لدفع المماطلة بالثمن كما أنَّ شرط الخيار محتاج إليه لدفع الغبن.

والفرق بينهما أنه بمضى المدة مع عدم نقد الثمن ينفسخ العقد فى خيار النقد.

وأما فى خيار الشرط فإنه بمضى المدة مع عدم اختيار الفسخ يتم العقد. وإن اشترى ولم يبين وقتًا لنقد الثمن أو ذكر وقتًا مجهولاً فالبيع فاسد اتفاقًا.

أما إذا اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا يصح البيع عند الإمام أبى حنيفة والأصح عند أبى يوسف، لأن هذا الشرط فى معنى خيار الشرط من حيث أن المقصود منهما التفكر والشرط فيما فوق الثلاثة مفسدًا تباعًا للنص «إذا بايعت فقل لا خِلابة ولى الخيار ثلاثة أيام».

إلا أن ينقد الثمن فى خلال الثلاثة فيصح ولا ينفسخ العقد وذلك

لزوال المفسد بالإجماع.

وعند محمد وأبى يوسف فى رواية يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر كما فى خيار الشرط اتباعًا لأثر عبد الله بن عمر رضى الله عنهما من أنه أجاز الخيار إلى شهرين.

ونقل صاحب المغنى عن مالك أنه يجوز فى اليومين والثلاثة ونحوها وإن كان عشرين ليلة فسخ البيع[١].

٢- وإن اشترى سلعة ونقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما.

أ- صح البيع عند الإمام أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد والإمام أحمد والثورى وأبى ثور وإسحاق استحسانًا ويعتبر الخيار للبائع لدفع المماطلة.

ب- وبطل عند الإمامين مالك والشافعى وزفر من الحنفية قياسًا، لأنه كما ذكرنا يعتبر بيعًا شرطت فيه الإقالة عند عدم النقد وهى شرط مفسد لتعلق الإقالة على عدم النقد والبيع مع الشرط باطل على أنه إذا مرت الأيام الثلاثة ولم يرد البائع الثمن للمشترى يعتبر إجازة للعقد.

وإذا رد الثمن للمشترى فى خلالها يعتبر فسخًا للعقد.

**الراجح :**

وإننى أميل إلى ترجيح قول الإمامين أبى حنيفة وأحمد ومن معهما فى صحة البيع مع خيار النقد لكل من المشترى والبائع، لأنه فى معنى خيار الشرط الذى جاز لدفع الغبن وهذا الخيار يجوز لدفع المماطلة، ولأنه

---

[١] انظر المغنى ٣ / ٥٩، فتح القدير ٥ / ١١٤.

نوع بيع فجاز أن ينفسخ بتأخير القبض كالصرف ولأنه كما يحتاج إلى التروى فى البيع هل يوافقه أو لا - يحتاج إلى التروى فى الثمن هل يصير منقودًا أو لاً ؟ فهما سيان فى المعنى متغايران فى الصورة، لأنه عند عدم الدفع والرد ومضى المدة يعتبر فسخًا فى خيار النقد لكل من المشترى والبائع وبمضى المدة فى خيار الشرط تعتبر إجازة ويتم العقد وذلك لا يوجب اختلاف الحكم إذ فى كل منهما فسخ على تقدير وإجازة على تقدير والاختلاف فيما يقع به الفسخ والإجازة لا يعد اختلافًا والله أعلم[1].

---

[1] انظر المراجع السابقة، الميزان للإمام الشعرانى، ٢ / ٦٤، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ١ / ١٥٩.

# المطلب الثالث

# فــى

# خيار الرؤية

## ٣٤ـ تعريف خيار الرؤية :

هو حق أثبته الشارع لأحد المتعـاقدين عنـد رؤيـة محـل العقد فـى فسخ العقد أو إمضائه بسبب عدم رؤية هذا المحل والجهل بـه عنـد إنشـاء العقد وقبله.

وعرفه المحقق الحلى بأنه : بيع الأعيان من غير مشـاهدة فيفتقر ذلك إلى ذكر الجنس، قد عرفه الجرجانى فقال : هو أن يشترى ما لـم يـره ويرده بخياره[١] وهو من إضافة المسبب إلى السـبب ولا يقـال مـن إضافـة الشىء إلى شرطه، لأن له الرد قبل الرؤية[٢].

## ٣٥ـ المراد بالرؤية :

الأصل فى مشـروعيةخيار الرؤيـة قولـه عليـه الصـلاة والسـلام : «من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه» وفى رواية «من اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه»[٣].

والمراد بما لم يره : ما لم يره وقت العقد ولا قبله[٤].

والمراد بالرؤية : العلم بالمقصود من باب عموم المجاز لا الرؤيـة بمعناها الحقيقى وهى ما كانت بالبصر. فصارت الرؤية من أفراد المعنـى

---

(١) التعريفات للجرجانى، ص ١٠٢، شرائع الإسلام ٢ / ٢٧٧.

(٢) بدر المتقى فى شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر ٢ / ٣٤.

(٣) خرجه الدار قطنى عن أبى هريرة ٢ / ٢٩٠ انظر نصب الراية ٤ / ٩، السيل الجرار ٣ / ١٠٤.

(٤) مجمع الأنهر ٢ / ٣٤.

المجازى ليشمل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشم : كمسك اشتراه وهو يراه فإنه إنما يثبت الخيار له عند شمه فلم الفسخ عند شمه بعد رؤيته.

وكذا لو رأى شيئًا ثم اشتراه فوجده متغيرًا، لأن تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الآن، وكذا ما اشتراه الأعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فأقيم الوصف مقام الرؤية.

وبهذا يتبين أن المراد بالرؤية هو العلم بالمقصود وعبر عن الرؤية بالعلم بالمقصود[١].

**٣٦ ـ سببه :**

ومن هذا يتبين أن سبب هذا الخيار يرجع إلى أمرين :

أولاهما : عدم العلم بالمبيع حين العقد وقبل العقد.

وثانيهما : العلم بالمبيع قبل العقد ومضى مدة بين العلم وبين العقد يحتمل فيها التغيير للمعقود عليه عادة.

ويتحقق هذا بأن اشترى إنسان سلعة لم يرها كثلاجة مثلاً أو غسالة فإنه عند رؤيتها يثبت له الحق فى فسخ العقد لعدم رؤيتها عند العقد ويثبت له الحق أيضًا فى إمضاء العقد وهذا ما أثبته الحديث «من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه» وذلك لأن رؤية المعقود عليه تفيد علمًا يثبت به الرضى بالعقد الذى يقول فيه الرسول عليه الصلاة والسلام «إنما البيع عن تراض»[٢].

وكما يثبت خيار الرؤية بسبب عدم الرؤية يثبت كذلك إذا وجد المشترى محل العقد على غير الصفة التى رآها عليه حين العقد او قبله بأن تغير وصفه فيثبت له خيار الرؤية.

---

[١] انظر فتح القدير مع العناية ٥ / ١٣٨، مجمع الأنهر ٢ / ٣٤، تبيين الحقائق ٤ / ٢٤ بحاشية الشلبى.

[٢] سبق تخريج هذا الحديث.

## ٣٧- ما يثبت فيه خيار الرؤية :

يثبت خيار الرؤية من غير شرط فى أربعة مواضع :

١- شراء الأعيان التى يلزم تعيينها ولا تثبت دينًا فى الذمة.

٢- عقد الإجازة.

٣- قسمة غير المثليات.

٤- والصلح عن دعوى مال على شيء بعينه.

ولا يثبت خيار الرؤية فى العقود التى لا تحتمل الفسخ كالمهر وبدل الخلع والصلح عن قصاص[1].

## ٣٨- حكم خيار الرؤية :

اختلف الفقهاء فى مشروعية خيار الرؤية وعدم مشروعيته إلى مذهبين :

١- المذهب الأول :

ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعى فى القديم وأحمد فى قول الزيدية والإمامية والأوزاعى والثورى من مشروعية خيار الرؤية وثبوته للمشترى وهو رأى جمهور الصحابة والتابعين.

٢- والمذهب الثانى :

ما ذهب إليه الشافعى فى الجديد وأحمد فى قول وابن حزم من عدم مشروعية خيار الرؤية وأنه لا يثبت عندهم للمشترى، لأن البيع لا

---

(١) انظر مجمع الأنهر وبهامشه در المنفى ٢ / ٣٤، تحفة الفقهاء ١ / ٨٢ وما بعدها، الجوهرة ١ / ٩٤، حاشية الشلبى بهامش تبين الحقائق ٤ / ٢٤، وقد نصت المادة (٣٣٩) من مرشد الحيران على أن (حق فسخ العقد بخيار الرؤية يثبت من غير شرط فى أربعة مواضع وهى : الشراء للأعيان التى يلزم تعينها ولا تثبت دينًا فى الذمة والإجازة، وقسمة غير المثليات، والصح عن مال على شيء بعينه، ولا يثبت خيار الرؤية فى العقود التى لا تحتمل الفسخ.

يصح عندهم فى العين الغائبة التى لم يرها المشترى.

٣- ويرى الإمامان أحمد والشافعى والإمامية وابن شبرمة ثبوت خيار الرؤية للبائع كذلك إذا باع ما لم يره وذلك لعدم الفرق بينهما[١] وهو ما كان يقول به أبو حنيفة أولاً ثم رجع عنه.

## ٣٩ـ الأدلـــــة :

١- استدل جمهور الفقهاء الذين يقولون بثبوت خيار الرؤية للمشترى بالكتاب والسنة والمعقول.

٢-أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[٢]. فهذه الآية تفيد بعمومها حل البيع إلا ما أخرجه القرآن والسنة والإجماع من الحل ولم يرد فيها ما يفيد حرمة خيار الرؤية عند البيع فيكون الخيار مشروعًا، لأنه لم يصادم نصًا من كتاب أو سنة أو إجماع.

وأما من السنة فما روى عن أبي هريرة وخرجه الدار قطنى قال : قال رسول الله ﷺ «من اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه»[٣]. وهو نص فى الباب فلا يترك بلا معارض، لأن الهاء فى قوله لم يره كناية فيتصرف إلى المكنى السابق وهو الشىء المشترى والمراد خيار لا

---

[١] انظر تبين الحقائق ٤ / ٣٤، فتح القدير ٥ / ١٣٧، مجمع الأنهر ٢ / ٣٤، المبسوط للسرخسى ١٣ / ٦٢ الاختيار ٢ / ١٨، تحفة الفقهاء للسمرقندى ١ / ٨١، مختصر الطحاوى، ص ٨٤، حاشية الدسوقى ٣ / ٢٦، وما بعدها أقرب المسالك بالشرح الصغير ٢ / ١٢، مواهب الجليل ٤ / ٢٩٧، القوانين الفقهية، ص ٢٨٢، بلغة المسالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوى) ٢ / ١٦، المهذب ١ / ٢٦٣، قليوبى وعميرة ٢ / ١٦٤، المغنى لابن قدامة ٣ / ٥٨٠، السيل الجرار ٣ / ١٠٤، شرائع الإسلام ٢ / ٢٧٧، المحلى ٨ / ٣٣٨.

[٢] سورة البقرة من الآية ٢٧٥.

[٣] انظر نصب الراية ٤ / ٩.

يثبت إلا بعد تقدم الشراء، وذلك الخيار بين فسخ العقد وإلزامه دون خيار الشراء ابتداء وتصريحه ﷺ بإثبات هذا الخيار له تنصيص على جواز شرائه.

وهذا الحديث رواه الدار قطني مرفوعًا كما ذكرنا وقد روى مرفوعًا عن طريق أبي حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عنه ﷺ «من اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه»[١].

وهذا الحديث رواه عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهما وعطاء، والحسن البصري ومسلمة بن المجير رحمهم الله تعالى مرسلاً عن النبي ﷺ مرسلاً لشهرته.

وفي رواية ابن أبي شيبة في مصنفه، والدار قطني ثم البيهقي في سننيهما عن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفعه إلى النبي ﷺ قال : من اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه[٢].

والمبيع فيه معلوم العين مقدور التسليم فيجوز بيعه كالمرئي، ولأن الجهالة بعدم الرؤية إنما تفسد العقد إذا كانت تفضي إلى المنازعة في شاه من القطيع فأما إذا لم تفض إلى المنازعة لا تفسد البيع كبيع القفير من الصبرة ولأنه إذا لم يوافقه برده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه بأن اشترى ثوبًا مشارًا إليه غير معلوم عدد ذرعانه فإنه يجوز لكونه معلوم العين وإن كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي إلى المنازعة[٣].

٣- وأما من الآثار فما روى أن عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضًا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة بن عبيد الله : إنك

---

[١] المصدر السابق.

[٢] المصدر السابق، المبسوط ٧ / ٦٩.

[٣] المصدر السابق وفتح القدير مع العناية ٥ / ١٣٨.

قد غبنت فقال لى الخيار، لأنى اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان : إنك قد غبنت فقال لى الخيار، لأنى بعت ما لم أره، فحكما بينهما جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة[١].

ثالثًا : بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن أبي داود والترمذى وصححه والنسائى وابن ماجه قال : قال رسول الله ﷺ : «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»[٢].

والمراد بما ليس عندك ما ليس بحاضر مرئيًا للمشترى للإجماع على إن المشترى إذا كان رآه فالعقد جائز وإن لم يكن حاضرًا عند العقد لأنه لم يعرف من المعقود عليه إلا الاسم فلا يجوز البيع.

وقوله عليه الصلاة والسلام : «لا تبع ما ليس عندك» يدل على أن العقد لا يلزم قبل الرؤية مع سلامة المعقود عليه والرضا بلزومه، ولو كان الوصف طريقًا للإعلام هنا لكان العقد يلزم باعتباره، ويوضح ذلك أن المقصود هو المالية، ومقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية فى إفساد لعقد كبيع الجنين فى البطن وبيع اللبن فى الضرع، ولأن البيع نوعان بيع عين وبيع دين، وطريق معرفة المبيع فيما هو دين الوصف يعنى المسلم فيه، وفيما هو عين المشاهدة[٣].

---

(١) أخرجه الطحاوى فى شرح الآثار، انظر نصب الراية ٤ / ٩، ١٠، وأخرجه البيهقى عن علقمة فى السنن باب البيوع فى من قال : يجوز بيع الغبن الغالبة، ص ٢٦٨، جزء ٥.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المبسوط للسرخسى ٧ / ٦٨، فتح القدير ٥ / ١٣٨، شرح السنة للبغوى ٨ / ١٠١، تحفة الفقهاء ١ / ٨١، المغنى ٣ / ٥٨٠.

## ٤١ـ مناقشة الأدلة :

وقد ناقش المجيزون والمثبتون لخيار الرؤية أدلة المانعين فقالوا :

أولاً : إن النهى عن بيع ما ليس عند الإنسان نهى بيع ما ليس فى ملكه بدليل قصة الحديث فإن حكيم بن حزام رضى الله عنه قال : يا رسول الله إن الرجل يطلب منى سلعة ليست عندى فأبيعها منه ثم أدخل السوق فاستحدثها فاشتريها فأسلمها إليه. فقال ﷺ : لا تبع ما ليس عندك.

والنهى عن بيع الغرر ينصرف إلى ما لا يكون معلوم العين[١].

وثانيًا : بأن جهالة الموصوف فى عقد السلم إلى المنازعة فى التسليم والتسلم ولأن العقد يرد على الأوصاف فى باب السلم فإن الدين وصف فى الذمة والبدل بمقابلتها، فإذا لم يذكر عند العقد لم يجر العقد لانعدام المعقود عليه، وبيع الجنين فى البطن إنما لا يجوز لانعدام المالية فيه مقصودًا فإنه فى البطن جزء من أجزاء الأم[٢].

## ٤٢ـ واعترض المانعون لخيار الرؤية على المجيزين لثبوته بما يأتى :

أولاً : بأن ما استدلوا به من الكتاب إنما جاء فى البيع الصحيح المستوفى لأركانه وشروطه الشرعية وخيار الرؤية إنما يرد على بيع لم يتحقق فيكون سباق الدليل فى غير محل النزاع.

والجواب عن ذلك أن الآية وهى قوله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ عامة ولا يجوز تخصيصها بدون مخصص فتشمل جميع أنواع البيع

---

(١) المبسوط ٧ / ٧٠.

(٢) انظر المبسوط للسرخسى ٧ / ٧٠.

سواء كان فيه خيار رؤية أو لم يكن والأصل الجواز فلا يجوز تقييده وتخصيصه إلا بدليل يصح العمل به ولا غرر في ذلك مادام التراضى موجودًا وحيث لا ضرر ولا ضرار بأحد المتعاقدين.

وثانيًا : بأن ما استدل به المجيزون لخيار الرؤية من قوله عليه الصلاة والسلام «من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه» والخيار لا يثبت إلا في عقد صحيح بأن هذا الحديث يرويه عمر بن إبراهيم الكردى وهو متروك الحديث ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه والحديث إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

وكذلك في بعض طرقه أبو بكر بن عبد الله بن أبى مريم وهو ضعيف[1].

والجواب عن ذلك :

أن هذا الحديث روى من طرق أخرى عن عبد الله بن عباس رضى الله تعالى عنهما وعطاء والحسن البصرى ومسلمة بن المجير رحمهم الله تعالى مرسلاً لشهرته وقد روى كذلك عن ابن سيرين وهو رأى ابن سيرين أيضًا وعمل بن مالك وأحمد.

والمرسل حجة عن أكثر أهل العلم وخبر الواحد في المعاملات يوجب العلم من حيث الظاهر ولهذا من علم شيئًا مملوكًا لإنسان ثم رآه في يد غيره يبيعه ويزعم أنه اشتراه من الأول أو أنه وكله ببيعه جاز له أن يشترى منه بناء على خبره[2].

**ثالثًا** : حديث عثمان وطلحة وتحاكمهما إلى جبير مطعم وحكمه

---

[1] المغنى ٣ / ٥٨٠، نصب الراية ٤ / ٩.

[2] فتح القدير ٥ / ١٣٨، المبسوط ٧ / ٦٩.

بالخيار لطلحة إنما هو قول صحابي وفي كونه حجة خلاف على أنه يحتمل أنهما تبايعا بالصنعة.

وهذا الحديث لا يتعارض حديث رسول الله ﷺ الذى نهى فيه عن بيع الغرر، ويجاب عن ذلك بأن النهي منصب على ما لا يكون معلوم العين.

ورابعًا : بأن قياس عقد البيع على عقد النكاح وأنه لا تفتقر صحته إلى رؤية المعقود عليه لا يجوز، لأن النكاح لا يقصد منه المعارض، ولا يفسد بفساد العوض، ولا يترك ذكره، ولا يدخله شيء من الخيارات، وفى اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات وإضرار بهن على أن الصفات التى تعلم بالرؤية ليست هى المقصود بالنكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع.

ويجاب عن ذلك : بأن المقصود فى النكاح لا يشترط فيه تمام الرضا ولهذا يلزم مع اشتراط الخيار والعيب والجهالة إنما تمنع من العقد إذا كانت تفضى إلى المنازعة فى التسليم والتسلم وهذه لا تفضى إلى المنازعة فى التسليم والتسلم، لأنه إذا لم يوافقه رده سد الرؤية لعدم اللزوم.

## ٤٣ ـ الرأى الراجح :

بعد عرض أدلة الفريقين وما ورد عليها من اعتراضات والإجابة عليها نجد أن رأى الفريق الأول المثبت لخيار الرؤية هو الأولى بالقبول لقوة وثبوتها وعدم تأثير الاعتراضات التى أثيرت حولها ودحضها مما يجعلها تترجح على غيرها ولما فى إثباته من مصلحة للمتعاقدين ودفع الضرر عنهم، ولأنه لا يجوز أن يدخل فى ملك إنسان شيء بغير رضاه ولا يتم الرضا إلا بالرؤية[١] والله أعلم.

---

[١] هذا وقد نصت المادة (٣٤٠) من مرشد الحيران على أن (من اشترى شيئًا لم يره من الأعيان التى يلزم تعينها أو استأجر شيئًا لم يره وقاسم شريكه قسمه تراضى مالاً مشتركًا من القيميات المتحدة-

**٤٤ ـ وقد استدل من أثبت خيار الرؤيـة لكل مـن البـائع والمشترى :**

إذا باع أو اشترى ما لم يره يقول عثمان رضى الله عنه حينما باع أرضًا له بالبصرة (وقيل بالكوفة) من طلحة بأرض له بالمدينة فقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال عثمان : لى الخيار لأنى بعت ما لـم اراه. وقيـل لطلـح إنك قد غبنت، فقال لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أره. فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى أن الخيار لطلحة لا لعثمان[1].

ووجه الدلالة من هذا الأثر قول عثمان رضى الله عنه لى الخيار وقال ابن شبرمة بخيار الرؤية للبائع والمشترى معًا كما روى عن عثمان.

وثانيًا : بأنه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبه المشترى، ولأن البيع يعتبر فيه الرضى منهما فتعتبر الرؤية التى هى مظنة الرضى منهما.

**٤٥** ـ وأما من نفى الخيار للبائع فقد استدل بحكم جبـير بـن مطعـم لطلحـة بالخيار أخذا بحديث رسول الله ﷺ «من اشترى شيئًا لـم يـره فهـو بالخيار إذا رآه».

**ثانيًا : بأننا لو جعلنا له الخيـار لثبت لتوهـم الزيـادة، والزيـادة فـى المبيع لا تثبت الخيار ولأن تمام رضاه باعتبار علمه بما يدخل فى ملكه لا**

---

-أو المختلفة الجنس ولم يكن رأى المال المقسوم، أو صالح عن دعوى مال معين على شىء معين لم يره فهو مخير فى هذه الصور كلها عند رؤية المبيع أو المستأجر أو الحصة التى أصابته فى القسمة او بدل الصلح إن شاء قبل وأمضى العقد وإن شاء فسخه ونقض القسمة وله حق الفسخ والرد قبل الرؤية وبعدها ما لم يوجد ما يبطله قبل أو بعد الرؤية أو ما يدل على الرضا بعد الرؤية لا قبلها.

[1] انظر المبسوط للسرخسى ٧ / ٧٠، المحلى لابن حزم ٨ / ٢٣٨.

بما يخرج عن ملكه والمبيع يخرج عن ملك البائع وإنما يدخل فى ملكه الثمن وطريق أعلامه القسمية دون الرؤية.

وقد اعترض على هذا الرأى بأن ما استدل به من قول جبير وطلحة قد خالفهما عثمان، وقوله أولى، ولأن البيع يعتبر فيه الرضى منهما وتعتبر الرؤية التى هى مظنة الرضى منهما فيثبت له الخيار اعتبارًا بخيار العيب والشرط.

وهو رأى لأبى حنيفة ثم رجع عنه للقول بعدم ثبوت خيار الرؤية للبائع.

## ٤٦ - الرأى الراجح :

بعد عرض أدلة من يثبت خيار الرؤية للبائع ومن ينفيها ومناقشة الأدلة أدى ترجيح رأى من يقول بثبوت خيار الرؤية للبائع إذا باع ما لم يره لأن البيع يعتمد تمام الرضا لقوله عليه الصلاة والسلام «إنما البيع عن تراض»[١]، والمتعاقدان كل منهما يعتبر بائعًا وخصوصًا إذا كان الثمن مما يوصف فى الذمة ولا يعرف على حقيقته إلا بالمعاينة[٢] وخصوصًا أنه رأى عثمان ابن عفان رضى الله عنه وابن شبرمة ولم يتحقق إجماع الصحابة على ذلك وهو القول بنفى الخيار للبائع والله أعلم.

## ٤٧ - مدة خيار الرؤية :

اختلف الفقهاء فى الوقت الذى ينتهى فيه خيار الرؤية :

١- فيرى الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية فى قول أن خيار الرؤية يثبت عند رؤية المبيع ويكون للمشترى الحق فى فسخ العقد أو إمضائه

---

(١) خرجه ابن ماجه عن أبى سعيد، انظر الجامع الصغير ١ / ١٠٢.

(٢) انظر المبسوط ٧ / ٧٠، المغنى لابن قدامة ٣ / ٥٨١، المحلى لابن حزم ٨ / ٣٣٨.

ويكون على الفور بمقدار ما يتمكن من الفسخ فإن اختار الفسخ فله ذلك كخيار الرد بالعيب[١] .

وإن تمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولزم العقد وإن لم يوجد الإجازة صريحًا ولا دلالة، لأن الخيار خيار الرؤية فوجب أن يكون عندها، ولأن ملك الفسخ لدفع الضرر عن نفسه وهذه الضرورة تزول بقدر ما يتمكن من الفسخ للضرورة.

وعن أحمد أنه يتقيد بمجلس الرؤية الذى وجدت فيه وذلك لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط فيتقيد بالمجلس كخيار المجلس وبه قال أبو إسحاق من الشافعية[٢] .

والأصح عند الحنفية أنه مطلق غير مقيد بوقت فيجوز له الفسخ فى جميع عمره ما لم يوجد منه فعل يدل على الرضا به وما لم يسقطه بالقول ذكره محمد فى الأصل ونص عليه ابن رستم وذلك لأن النص ورد بإثبات خيار الرؤية مطلقًا والعبرة فى المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى[٣] .

## ٤٨ ـ الرأى الراجح :

والذى أراه أن خيار الرؤية يتقيد بمجلس الرؤية فقط فإن فسخ العقد بعد الرؤية انفسخ وإلا لزم العقد وسقط خياره وإن لم توجد الإجازة صريحًا ولا دلاله.

وذلك لأن القول بامتداد مدة الخيار إلى آخر العمر فيه إضرار

---

[١] تحفة الفقهاء ١ / ٨٢.

[٢] تبيين الحقائق ٤ / ٢٥، مجمع الأنهر ٢ / ٣٥، المغنى ٣ / ٥٨١، فتح القدير ٥ / ١٤١، المهذب ١ / ٢٦٤.

[٣] انظر المراجع السابقة، تحفة الفقهاء ١ / ٨٢.

بالعاقد الآخر وهو البائع، لأن المشترى إذا استمر بعد الرؤية ساكتًا ولم يظهر منه ما يدل على رضاه الضمنى بالتصرف فى المبيع بما يوجب حقًا للغير كالبيع أو الإجازة أو الرهن.

وكذلك إذا لم يقل رضيت صراحة أو يفسخ العقد فيظل العاقد الآخر فى حيرة من أمر ذلك العقد وهل سيمضيه المشترى أم أنه سيفسخه وفى ذلك من الضرر ما فيه «لا ضرر ولا ضرار»[1].

## ٤٩ ـ ما يسقط به خيار الرؤية :

٢- ويسقط أيضًا بتصرف المشترى فى المبيع بما يوجب حقًا للغير كالبيع المطلق الذى ليس فيه خيار للبائع حيث لا يخرج المبيع عن ملك البائع وكالهبة مع التسليم والرهن والإجارة سواء وجدت هذه التصرفات بعد الرؤية أو قبلها لأن هذه الحقوق مانعة من الفسخ وإذا تعذر الفسخ شرعًا بطل الخيار ووجب تقدير الإطلاق فى الحديث «فلة الخيار إذا رآه» بما إذا لم يوجب موجب شرعى عدمه.

وأما إذا كان التصرف لا يوجب حقًا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم فلا يبطل الخيار قبل الرؤية لأنه لا يزيد ولا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا[2].

٣-ويسقط برؤية المبيع وقبضه بعد الرؤية لأنه دلالة على الرضا والرؤية فى كل شىء بحسبه.

---

[1] خرجه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس، وابن ماجه عن عباده، انظر الجامع الصغير ٢ / ٢٠٣.

[2] مجمع الأنهر ٢ / ٣٥، تبيين الحقائق ٤ / ٢٥ وما بعدها، فتح القدير ٥ / ١٤١، المهذب ١ / ٢٦٤.

٤-ويسقط خيار الرؤية بموت العاقد ولا يورث عنه، لأن الخيار ثبت بالنص للعاقد وبالوارث ليس بعاقد فلا يثبت له، ولأن الخيار وصف له فلا يجرى فيه الإرث كخيار الشرط وهذا عند أبى حنيفة وأحمد فى قول والثورى[١].

ولا يبطل بموت من له الخيار عند مالك والشافعى لأنه حق ثبت للمورث فى البيع فينتقل إلى الوارث والأول هو الأرجح، لأنه خيار وصف وعرض والوصف والعرض لا ينتقل والإرث إنما يكون فيما يقبل الانتقال.

٥-ومن رأى شيئًا ثم اشتراه بعد مدة فإن وجده على الصفة التى رآه عليها فلا خيار له، لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة فلم يتناوله قوله ﷺ «من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه، لأنه باطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله»[٢].

٦-ويبطل الخيار إذا تعيب المبيع فى يد المشترى قبل الرؤية بعيب لا يرتفع، لأنه تسلمه سليمًا فلا يجوز أن يرده معيبًا ويلزمه وكذلك إذا هلك بعضه لزمه البيع وبطل خياره لأنه لو رد بعضه لزم ذلك تفريق الصفقة على البائع وفى ذلك من الضرر ما فيه ومثل الهلاك الاستهلاك[٣]. والله أعلم.

---

[١] المصادر السابقة والمغنى ٣ / ٥٧٩، تحفة الفقهاء ١ / ٧٢، ٩٠، وقد نصت المادة ٣٤١ من مرشد الحيران على أن (خيار الرؤية يبطل بتصرف من له الخيار فى العين تصرفًا لا يحتمل الفسخ أو يوجب حقًا للغير كالبيع المطلق عن شرط الخيار للبائع والرهن والإجارة والهبة مع التسليم قبل الرؤية وبعدها فإن تصرف تصرفًا لا يوجب حقًا للغير كالبيع بخيار للبائع والهبة بلا تسليم للعين الموهوبة للموهوب له يبطل الخيار بعد الرؤية لا قبلها وكذلك يبطل بموت من له الخيار قبل الرؤية ويلزم العقد فلا ينتقل الخيار إلى ورثته).

[٢] انظر المراجع السابقة، الجوهرة ١ / ١٩٦، المهذب ١ / ٢٦٤، مجمع الأنهر ٢ / ٣٩.

[٣] مجمع الأنهر ٢ / ٣٥.

# المبحث الخامس

# في الربا

ويتضمن المطالب الآتية :

١- الربا تعريفه لغة وشرعًا.

٢- حكم الربا.

٣- أنواع الربا فى الذمة.

٤- ربا البيع.

ما يحرم فيه التفاضل والنساء والصلة المحرمة.

ما يحل فيه التفاضل ويحرم والنساء.

ما يحرم فيه الأمران التفاضل والنساء.

# المطلب الأول

## ١٨ - تعريف الربا لغة وشرعًا :

الربا بكسر الراء مقصور على الأشهر ويثنى ربوان بالواو على الأصل، وقد يقال : ربيان بالتخفيف[١].

وهو فى اللغة : مطلق الزيادة قال تعالى : ﴿هَامِدَةً فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ﴾[٢]. أى علت وارتفعت وقال تعالى : ﴿أَن تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ﴾[٣]. أى أكثر عددًا، وقال تعالى : ﴿وَمَا آتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِندَ اللَّهِ﴾[٤].

ومنه سمى المكان المرتفع من الأرض ربوة لزيادته ومنه قوله تعالى : ﴿كَمَثَلِ جَنَّةٍ بِرَبْوَةٍ أَصَابَهَا وَابِلٌ فَآتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ﴾[٥] أى بستان بمرتفع من الأرض.

## ١٩ - وفى الشرع : عرفه بعض الفقهاء بأنه عبارة عن الزيادة فى أشياء مخصوصة[٦] :

وعرفه بعضهم بأنه : عبارة عن فضل مال خال عن عوض فى مبادلة بمال[٧].

---

(١) القاموس المحيط ٤ / ٣٣٢، مختار الصحاح، ص ٣٣١، لسان العرب ٢ / ١٥٧٢.

(٢) من الآية ٥ من سورة الحج.

(٣) من الآية ٩٢ من سورة النحل.

(٤) من الآية ٣٩ من سورة الروم.

(٥) من الآية ٢٦٥ من سورة البقرة.

(٦) المغنى لابن قدامة، ٣٤.

(٧) الزيلعى على الكنز ٤ / ٨٥.

وعرفه بعضهم بانه : عبارة عن عقد فاسد بصفة سواء كان فيه زيادة أو لم يكن «فإن بيع الدراهم بالدراهم نسيئة ربا وليس فيه زيادة»[1].

٢٠ - **شرح التعريف** : الفضل ضد النقص ومعناه الزيادة ومال خرجت زيادة غير المال فلا ربا فيها. وهذا قيد أول.

خال عن عوض فلو كان فى مقابلة عوض لم يكن ربا وهذا قيد ثان.

فى مبادلة مال بمال : وهذا قيد ثالث. فالشرط أن تكون المبادلة مالية حتى يتحقق الربا.

---

(١) الجوهرة ١ / ٢١٣، الاختيار ٢ / ٤٠.

## المطلب الثانى

## فــى

## حكم الربا

٤١ - الربا محرم فى جميع الشرائع[١] السماوية فقد نص الكتاب والسنة والإجماع على تحريم الربا.

فمن الكتاب قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[٢].

٤٢ - وقال تعالى : ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ * يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ﴾[٣].

٤٣ - وقال تعالى : ﴿فَبِظُلْمٍ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَنْ

---

[١] جاء فى التوراة فى سفر الخروج إصحاح ٢٢ : ٢٥ قول الرب "أقرضت فضة لشعبى الفقير فلا تكن كأعرابى، لا تضعوا عليه ربا" وفى سفر اللاويين إصحاح ٢٥ : ٣٦ : "فضتك لا تعط بالربا وطعامك لا تعط بالمرابحة أنا الرب إلهك".

وجاء فى سفر المزامير : المؤمن لا يعط بربا.

وفى إنجيل لوقا فى الإصحاح السادس الآية ٢٤ "أن أقرضتم الذين ترجون أن تستردوا منهم فأى فضل لكم، فإن الخطاة يقرضون الخطاة لكى يستردوا منهم المثل، أحبوا أعداءكم، أحسنوا وأقرضوا وأنتم لا ترجون شيئًا فيكون أجركم عظيمًا".

[٢] الآية ١٣٠ من سورة آل عمران.

[٣] الآيتان ٢٧٥، ٢٧٦ من سورة البقرة.

سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا * وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾[1].

فالآية الأولى نزلت فى المدينة قبل فتح مكة وفيها ينهى الله عباده المؤمنين عن تعاطى الربا وأكله أضعافا مضاعفة كما كانوا فى الجاهلية يقولون إذا حل أجل الدين :أما أن تقضى وأما أن تربى فإن قضاه وإلا زاده فى المدة زاده فى القدر[2].

ففى هذا النص أمر واضح صريح بالتحريم لكنه ليس للتحريم الكلى القاطع للربا فى جميع صوره وإنما هو التحريم الذى يعرف فيه معنى التدرج والتلطف أيضًا فهو تحريم لأشد أنواع الربا وأعظمها بشاعة، الربا الذى يتضاعف كلما زادت المدة حتى يصير بعد فترة من الزمن أكبر من الدين الأصلى.

وفى الآية الثانية وهى آخر ما نزل فى شأن الربا وهى أيضا من أواخر ما نزل من القرآن الكريم ولذلك نلاحظ أن خطبة حجة الوداع لم تخل من الإشارة إليه وأن النبى ﷺ لم يفسرها، بأكثر ما ورد فى هذه الخطبة، وهذا ما دعا عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن يقول : من آخر ما نزل آية الربا وأن الرسول عليه السلام قبض قبل أن يفسرها لنا فدعوا الربا والريبة.

وفيها يصور آكل الربا تصورًا مفزعا ومخيفا حيث يقول : لا يقوم إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس. أى لا يقومون من قبورهم يوم القيامة إلا كما يقوم المصروع حال صرعه تخبط الشيطان له، وذلك

---

[1] الآيتان ١٦٠، ١٦١ من سورة النساء.

[2] تفسير ابن كثير ٢ / ٩٨، صحيح البخارى باب فضل الجهاد ٤ / ١٩، ومسند أحمد ٢ / ٢٢٥

أنه يقوم قيامًا منكرًا وقال ابن عباس : آكل الربا يبعث يوم القيامة مجنونًا يخنق[١].

ثم ينتقل النص من تصوير حالة المرابى المفزعة إلى معنى ينطوى على المغالطة ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ وهو قياس فاسد فالأول مباح والثانى حرام.

ولذلك يخبر الله سبحانه وتعالى أنه يمحق الربا أى يذهبه، إما أن يذهب بالكلية من يد صاحبه، أو يحرمه بركة ماله فلا ينتفع به، بل يعذبه به فى الدنيا ويعاقبه عليه يوم القيامة.. ولا يكون ذلك إلاعلى محرم وعن ابن مسعود رضى الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال : «ما أحد أكثر من الربا كان عاقبة أمره إلى قلة»[٢].

ومن السنة :

١- عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : «اجتنبوا السبع الموبقات، قيل يا رسول الله ما هى ؟ قال : الشرك بالله والسحر، وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات»[٣].

فعد رسول الله ﷺ أكل الربا من الموبقات وأمر باجتنابها.

٢- وعن ابن مسعود رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ: «لعن آكل الربا ومؤكله وشاهديه وكاتبه».

رواه الخمسة وصححه الترمذى، غير أن لفظ النسائى.

---

[١] المصدر السابق ١ / ٤٨٢.

[٢] سنن ابن ماجه الحديث رقم ٢٢٧٩، وانظر تفسير ابن كثير ١ / ٤٨٧.

[٣] الجامع الصغير ١ / ١٠ خرجه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى.

آكل الربا ومؤكله وشاهديه وكاتبه إذا علموا ذلك ملعونون على لسان محمد عليه السلام يوم القيامة[١].

وعن جابر رضى الله عنه قال : «لعن رسول الله ﷺ آكل الربا ومؤكله وكاتبه وشاهديه، وقال هم سواء» رواه مسلم وللبخارى نحوه من حديث أبى جحيفة[٢].

فالرسول عليه السلام دعا على المذكورين بالإبعاد عن الرحمة وهو دليل على إثم ما ذكر وتحريم ما تعاطوه، وخص الأكل لأنه الأغلب فى الانتفاع وغيره مثله.

٣- وعن عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة قال : قال رسول الله ﷺ : درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد من ست وثلاثين زنية "رواه أحمد وأخرجه أيضًا الطبرانى فى الأوسط والكبير قال فى مجمع الزوائد ورجال أحمد رجال الصحيح ويشهد له حديث البراء بن جرير بلفظ "الربا اثنان وستون بابًا أدناها مثل إتيان الرجل أمه وحديث أبى هريرة عند البيهقى بلفظ "الربا سبعون بابًا أدناها الذى يقع على أمه، وهذا يدل على أن معصية الربا من أشد المعاصى، لأن المعصية التى تعدل معصية الزنا التى هى فى غاية الفظاعة والشناعة بمقدار العدد المذكور، بل أشد منها لا شك أنها قد تجاوزت الحد فى القبح[٣].

وأما الإجماع :

فقد أجمعت الأمة من لدن النبى ﷺ إلى يومنا هذا على تحريم الربا للآيات والأحاديث السابقة، ولأنه :

---

[١] المصدر السابق ٢ / ١٢٤، نيل الأوطار ٥ / ١٨٩، سبل السلام ٣ / ٣٦.

[٢] سبل السلام ٣ / ٣٦.

[٣] نيل الأوطار ٥ / ١٨٩، ١٩٠، الجامع الصغير ٣ / ١٥.

أ- يقتضى أخذ مال الإنسان من غير عوض وهو شنيع ممنوع، لأن المـال شقيق الروح فكما يحرم إزهاق الروح من غير حق يحرم أخذ المـال من غير حق.

ب- أنه يفضى إلى امتناع الناس عن تحمل المشاق فى الكسب والتجارة والصناعة وهو يؤدى إلى انقطاع مصالح الخلق.

ج- أنه يفضى إلى انقطاع المعروف بين الناس من القرض الحسن ويمكن الغنى من أخذ مال الفقير الضعيف من غير مقابل[1].

---

(١) تفسير آيات الأحكام ١ /٢٦١.

## المطلب الثالث

### فـي

### أنواع الربا

٢٢- الربا نوعان : فالأول ربا البيع، والثانى ما تقرر فى الذمة من القرض والسلف وثمن المبيعات المؤجلة.

وما تقر فى الذمة من الربا إلى قسمين :

أ- ربا الجاهلية          ب- ضع وتعجل.

٢٣- أما الأول فهو ربا الجاهلية الذى نهى عنه النبى ﷺ وذلك أنهم كانوا يتبايعون فإذا احل الأجل زادوا عليهم وزادوا فى الاجل بقولهم «زدنى فى الأجل أزدك فى الثمن» ومثله ما إذا كان على رجل ألف جنيه مؤجلة إلى سنة إلى رجل فإذا حل الأجل يقول المدين للدائن زدنى فى الاجل أزدك فى الثمن بمعنى أن يكون الألف وخمسمائة أو غيره.

وهذا الربا محرم باجماع العلماء لم يخالف فيه أحد وهو أشد أنواع الربا وأعظمها بشاعة، لأن الربا فيه يتضاعف كلما زادت المدة حتى يصير بعد فترة من الزمن أكثر من الدين الأصلى.

ولقد كان هذا النوع من الربا منتشرًا فى الجاهلية للاستهلاك والاستغلال معًا. إلا أنه كان بصورة واسعة فى الاستغلال التجارى، فكبار الرجال فى مكة وغيرها من أصحاب رؤوس الأموال كانوا يتعاملون به ومنهم العباس عم النبى ﷺ الذى كانت له ثروة طائلة وكان يسقى الحجيج جميعًا نقيع الزبيب والتمر ومع ذلك يستغل ثروته باعطائها

للتجار بزيادة محدودة مستمرة. وفيه نزل قول الله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً ﴾ وهو الذى قال النبى ﷺ فى حقه فى خطبة حجة الوداع «ألا إن الجاهلية موضوع عنكم كله، لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون وأول ربا أبدأ به ربا عمى العباس ابن عبد المطلب[1]

## ٢٤- وأما النوع الثانى : للهضع وتعجل لله

فهو أن يتعجل الرجل فى دينه المؤجل عرضًا يأخذه وإن كانت قيمته أقل من دينه «ومثله ما إذا كان عليه ألف فطلب من غريمه أن يضع عنه بعضه ويعجل بقيته وقد اختلف فى ذلك الفقهاء».

١- فذهب الائمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعى وأحمد والثورى وهشيم وابن عليه وإسحاق إلى تحريمه وعدم جوازه وبه قال زيد بن ثابت وابن عمر والمقداد وسعيد بن المسيب وسالم والحسن وحماد والحكم.

وقال المقداد لرجلين فعلا ذلك «كلا كما قد آذن بحرب من الله ورسوله.

ووجه التحريم فى ضع وتعجل أنه شبيه بالزيادة مع النظرة (التأجيل) المجمع على تحريمها ووجه شبهه بها أنه جعل للزمان مقدارًا من الثمن فتنازل عن بعض حقه فى مقابل التعجيل وهذا محرم كما إذا زاد فى المدة زاد فى الثمن فى مقابل التأجيل.

٢- وذهب النخعى وأبو ثور وزفر إلى جوازه وعدم كراهته ووجهه أنه آخذ لبعض حقه وتارك لبعضه فجاز كما لو كان الدين حالا[2].

---

[1] تفسير ابن كثير ١/٤٩٠. تفسير آيات الاحكام ١/ ١٥- ١٦. تفسير أ السعود ١/ ٢٧١.

[2] المغنى لابن قدامة ٤/ ٣٩، بداية المجتهد ٢/ ١٥٥.

واستدلوا بما يروى عن ابن عباس رضى الله عنهما.

أن النبى ﷺ لما أمر بإخراج بنى النضير جادة ناس منهم فقالوا يا نبى الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله ﷺ«ضعوا وتعجلوه»[١] ولعل ذلك كان فى مبدأ الدعوة لأن جلاء بنى النضير كان فى السنة الرابعة.

**الرأى الراجح :**

هو رأى جمهور الفقهاء الذين يقولون بتحريم هذا النوع من الربا وهو "ضع وتعجل" لما فيه من قياس الشبه[٢] بينه وبين الزيادة فى الثمن فى مقابل الزيادة فى الأجل وقول المقداد للرجلين الذين فعلا ذلك كلا كما قد آذن بحرب من الله ورسوله.

ولا يكون ذلك إلا على فعل المحرم ولا يقال إنه يجوز للمكاتب أن يعجل لسيده ويضع عنه بعض كتابته، لأن السيد يبيع بعض ماله ببعض فدخلت المسامحة فيه، لأنه سبب للعتق فسومح فيه بخلاف غيره، ولأنه بيع الحلول كما لو زاد الذى له الدين فقال له أعطيك عشرة جنيهات وتعجل لى المائة التى عليك فلا يصح فكذلك النقصان من الدين فى مقابل التعجيل لا يصح.

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ١٥٥.

(٢) وقياس الشبه هو مشاركة الفرع لأصلين فى أوصافهما فيلحق بأكثرهما شبها كالعبد إذا قتل خطأ فأنه يشارك الحر فى كونه ناطقًا قابلاً للصناعات مكلفًا بالأحكام ويشارك البهيمة فى المالية فيباع ويورث فيقاس على الحر لأنه شبهه بالحر أكثر فتجب القيمة بما لا يجاوز الدية أنظر تسهيل الوصول إلى علم الأصول للمرحوم الشيخ محمد عبد الرحمن المحلاوى ص٢٢٤.

# المطلب الرابع

# في

# ربا البيع

**٢٥ـ وأما ربا البيع :**

فينقسم إلى قسمين :

الأول : ربا الفضل (أى الزيادة) عندما توجد المماثلة.

الثانى : ربا النسيئة (أى التأجيل) وهى الزيادة التى تطرأ على الدين نظير الأجل طال أم قصر.

٢٦ـ وقد اتفق الأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين على أن ربا الفضل محرم.

وذلك لقوله ﷺ فيما رواه أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال : «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق (الفضة) إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبًا بناجز» متفق عليه[1].

وتشفوا : تفضلوا بناجز : حاضر.

٢- وذهب ابن عباس وابن عمر وأسامة بن زيد فيما روى عنهم إلى أنه يجوز بالفضل ولا ربا فيه ولا يحرم عندهم إلا ربا النسيئة.

وبمثله قال زيد بن أرقم والبراء بن عازب وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير واستدلوا على ذلك بما رواه أسامة بن زيد عن النبى

---

[1] نيل الأوطار ٥/ ١٩٠، سبل السلام ٣/ ٣٧.

ﷺ قال : «لا ربا إلا فى النسيئة» متفق عليه[1] وفـى لفظ إنما الربـا فـى النسيئة»[2] .

وروى رجوعهم عن هذا القول لما علموا بحديث أبـى سـعيد الخدرى واستغفروا الله، وكان ابن عباس ينهى عنه أشد النهى.

ويجمع بيـن حديث أبى سـعيد وحديث أسامة بأن حديث أسامة منسوخ بحديث ابى سعيد.

وقيل المعنى لا ربا أشد وأغلظ إلا فى النسيئة كما تقول لا عالم فى البلد إلا زيد مع أن فيها علماء غيره. وإنما القصد نفى الأكمل لا نفـى الأصل.

وأيضًا نفى تحريم ربا الفضل من حديث أسـامة إنما هو بـالمفهوم فيقدم عليه حديث أبى سعيد، لأن دلالته بالمنطوق وهو أرجح.

## ٢٧ـ والكلام فى ربا البيع فى ثلاثة أمور :

١- ما يحرم فيه التفاضل والنساء والعلة المحرمة.

٢- ما يحل فيه التفاضل ويحرم النساء.

٣- ما يجوز فيه الأمران التفاضل والنساء.

## ٢٨ـ وأما الأمر الأول :

ذوهو ما يحرم فيه التفاضل والنساء.

فقد اتفق الفقهاء جميعًا على أن الربا محرم فى الأشياء الستة التـى وردت فى حديث عبادة بن الصامت وهى الذهب والفضـة والبر والشـعير

---

[1] نيل الأوطار ٥/ ١٩١.

[2] أنظر المصدر السابق.

والتمر والملح فقد روى عبادة بن الصامت عن النبى ﷺ قال : «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلاً سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد «رواه أحمد ومسلم والنسائى وأبو داود نحوه وفى أخره وأمرنا أن نبيع البر بالشعير، والشعير بالبر يدا بيد كيف شئنا وهو صريح فى كون البر والشعير جنسين[1].

وعو عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالورق ربا الإهاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر إلا هاء وهاء» متفق عليه[2]. وهاء وهاء : بمنى خذ وهات

وأما هل يكون الربا فى غيرها :

أ- ذهب داود الظاهرى وعثمان البتى وقتادة وطلوس إلى أنه لا ربا إلا فى هذه الأشياء الستة للنص عليها فى حديث عبادة ولا يقاس عليها غيرها وما عداها على أصل الاباحة لقول الله تعالى : ﴿وأحل الله البيع﴾[3]، ولأنهم يأخذون بالظاهر ولا يقولون بالقياس.

ب-وذهب الأئمة الأربعة والعترة إلى أن الربا يكون فيها وفى غيرها مما وجدت فية العلة، لأن القياس دليل شرعى فيجب استخراج علة هذا الحكم وإثباته فى كل موضع وجدت علته فيه.

---

[1] نيل الأوطار ٥/ ١٩٣، سبل السلام ٣/ ٣٧.

[2] المصدر- السابق ٥/ ١٩٢.

[3] ١، ٢ من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

وقول الله تعالى "وحرم الربا [١] يقتضى تحريم كل زيادة إذ الربا فى اللغة الزيادة إلا ما أجمع العلماء على تخصيصه عند اختلاف الجنس[٢].

**٢٩- لكنهم اختلفوا فى العلة الجامعة فى منع التفاضل وتحريم النساء :**

١- فذهب الإمامان أبو حنيفة وأحمد على الرواية الراجحة عنده والعترة إلى أن العلة فى تحريم الربا هى : الكيل أو الوزن (القدر) مع الجنس، فإذا وجد القدر مع الجنس حرم التفاضل والنساء[٣].

مثل الذهب بالذهب بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير....

وكذا كل ما يكال ويوزن إذا اتحد الجنس فعلى هذا يجرى الربا فى كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه مطعومًا كان أو غير مطعوم كالحبوب والأشنان[٤].

والذرة والجص والقطن والصوف والكتان والنحاس والحسناء والحديد. ولا يجرى فى مطعوم لا يكال ولا يوزن.

٢- وذهب الامام الشافعى فى الجديد وأحمد فى رواية إلى أن العلة فى تحريم الربا هى الطعم فى المطعومات والثمينة فى الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص من الحرية[٥].

---

[١] ٢،١-من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

[٢] المغنى ٤/ ٤، بداية المجتهد ٢/ ١٣٩، نيل الأوطار ٥/ ١٩٥.

[٣] الزيلعى على الكنز ٤/ ٨٥، فتح القدير ٥/٢٧٤، المغنى ٤/٥، نيل الأوطار٥/ ١٩٥،الاختيار ٢/ ٤٠.

[٤] الأشنان بالضم والكسر نافع للجرب والحكة جلاء منق مدر للطمث مسقط للاجنة وتأشن غل يده به، والأشنة بالضم شىء يلتف حول شجر البلوط والصنوبر كأنه منشور من عرق وهو عطر يبض قاموس ٤/ ١٩٦.

[٥] المصادر السابقة، مغنى المحتاج ٢/ ٢١ كفاية الأخيار ١/ ١٥١.

فعلى ذلك يكون الربا فى كل مطعوم للإنسان أو ما كان الغالب فيه الطعم للإنسان سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو غير مكيل أو موزون فيجرى الربا فى الأصناف الستة، أما فى الذهب والفضة فالثمنية وأماالأربعة الباقية فلكونها مطعومة ويقاس عليها غيرها فيما يطعم كالجوز والوز والبيض والبطيخ والقثاء والرمان وإن كانت غير موزونة.

وأما على رأى أبى حنيفة وأحمد والعترة فلا ربا فى هذه الأشياء لأنها من المعدودات وليست من المكيلات والموزونات.

وذهب الإمام الشافعى فى القديم إلى أن العلة فى تحريم الربا هى الطعم فى المطعومات مع الكيل فى الوزن والثمنية فى الأثمان[1] ، وبذلك قال الإمام أحمد فى رواية وسعيد بن المسيب.

وذهب الإمام مالك على الراجح عنده إلى أن العلة فى تحريم الربا هى الاقتيان والادخار مع الجنس فى المطعومات والثمنية فى الأثمان. وهو ما اختاره البغداديون من أصحاب مالك.

فمعنى هذا أنه لا ربا عنده فى للخضروات والفاكهة مطلقًا؛ لأنها غير مدخورة.

## ٣٠ـ الأدلة :

١- استدل الإمام مالك على أن العلة هى الاقتيان والادخار مع الجنس فى المطعومات والثمنية فى الأثمان مع الجنس بحديث عبادة بن الصامت «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يدًا بيد فإذا اختلفت هذه

---

[1] الشرح الصغير ٣/ ٣٣، حاشية الصاوى على شرح الدردير ٢/ ٧ حاشية الدسوقى ٣/ ٤٧، بداية المجتهد ٢/ ١٤٠، الخرشى ٥/ ٥٦، منح الجليل ٢/ ٥٣٧.

الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد»[١].

وذلك لأن النبى ﷺ ذكر هذه الأشياء الستة لتكون مثالاً لما يقتان ويدخر أما الذهب والفضة فأنها ثمن الأشياء.

وأما البر والشعير فلأنها قوت الإنسان وعليهما قوام حياته ويقاس عليهما غيرهما مثل الذرة والأرز والعدس والفول واللوبيا.

وأما التمر فجاء به ليكون مثالاً لما يستلذه الإنسان ويتحلى به من الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب.

ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام «كالفلفل والشطة والكمون والعصفر وكل ما يصلح للطعام»، ولو كان المراد بها الطعم فقط لذكر مثالاً واحدًا.

ولما كان المعنى المعقول فى الربا إنما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضًا، وأن تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك فى أصول المعايش وهى الأقوات[٢].

٢- وأما الإمام الشافعى فيستدل على مذهبه بأن العلة هى الطعم فى المطعومات يقول النبى ﷺ «الطعام بالطعام مثلاً بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير»[٣].

لأن الحكم إذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذى اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾[٤]

---

[١] رواه أحمد ومسلم نيل الأوطار ٥/ ١٩٣.

[٢] بداية المجتهد ٢/ ١٤٢، الشرح الصغير ٣/ ٣٣.

[٣] رواه أحمد ومسلم عن معمر بن عبد الله نيل الأوطار ٥/ ١٩٣ ونصب الراية ٤/ ٣٧.

[٤] من الآية ٣٨ من سورة المائدة.

فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم أن الحكم متعلق بنفس السرقة.

وكذلك لما ذكر الطعام علم أن الحكم متعلق بالطعم[١] .

٢- وأما الإمامان أبو حنيفة وأحمد على الراجح والعترة الذين يقولون بأن العلة هى الكيل أو الوزن مع الجنس فحجتهم.

فى اعتبار هذه أنه ﷺ لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر، وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر فى قوله صلى اله علي وسلم لعامله بخيبر وهو سواد بن غزية فيما يرويه أبو سعيد وأبو هريرة رضى الله عنهما قالا : إن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال : أكل تمر خيبر هكذا قال : إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال لا تفعل مع الجميع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيبا وقال فى الميزان مثل ذلك "رواه البخارى ومسلم"[٢] .

والجنيب الجيد، الجمع. التمر المختلط بغيره. الردىء فعلم من ذلك أن العلة فى التحريم هى الكيل أو الوزن مع الجنس فإذا وجدا حرم التفاضل والنساء، وبقوله عليه الصلاة والسلام فى بعض الروايات عن عبادة بن الصامت «وكذلك كل ما يكال ويوزن»[٣] بين أن العلة هى الكيل أو الوزن.

ولقوله ﷺ فيما يرويه الحسن بن عبادة وأنس بن مالك أن النبى

---

[١] الاقناع ٢/ ٧٢، بداية المجتهد ٢/ ١٤١، كفاية الاخيار ١/ ١٥٣.

[٢] نيل الأوطار ٥/ ١٩٥. نصب الراية ٤/ ٣٦.

[٣] رواها مالك بن أنس ومحمد بن اسحق الحنظلى- الاعتبار ٢/ ٤١.

ﷺ قال : ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعًا واحدًا، وما كيل فمثل ذلك فإذا اختلف النوعان فلا بأس "رواه الدار قطنى"[1].

وهذا نص على أن العلة فى التحريم هى الكيل أو الوزن مع اتحاد الجنس.

**٣١** ـ وهذه العلة هى التى تعتبر العلة الراجحة، لأن التساوى لا يعرف حقيقة إلا بهما، وجعل العلة ما هو متعلق الحكم إجماعًا، أو معرف للتساوي حقيقة أولى من المصير إلى ما اختلفوا فيه، ولا يعرف التساوى حقيقة، ولأن التساوى والمماثلة شرط لقوله عليه الصلاة والسلام "مثلاً بمثل" وفي بعض الروايات "سواء بسواء"، أو صيانة لأموال الناس والمماثلة بالصورة والمعنى أتم، لأن الكيل والوزن يوجب المماثلة صورة والجنسية توجيها معنى فكان أولى. ولأن حديث أبى هريرة وأبى سعيد ثابت ونص في بيان العلة ومثله حيث عبادة وأنس بن مالك.

وكذلك ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال «لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين» والمراد ما يحل بالصاع إذ لا يجرى الربا فى نفس الصاع وهو عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة على مالك والشافعى[2].

## ٣٢ ـ أما الأمر الثانى :

وهو ما يحل فيه التفاضل ويحرم النساء فبعد أن عرفنا فيما سبق

---

[1] نيل الأوطار، ٥/ ١٩٣.

[2] انظر الاختيار ٢/ ٤١، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية الشلبى ٤/ ٨٦.

أن العلة فى تحريم الربا عند الإمامين أبى حنيفة وأحمد والعترة هى الكيل أو الوزن مع الجنس.

وعند الإمام الشافعى هى الطعم فى المطعومات والثمينة فى الأثمان والجنس ليس على وإنما هو شرط.

وعند الإمام مالك الإقتيات والادخار مع الجنس فى الاشياء الأربعة والثمينة فى الأثمان.

فعلى ذلك إذا عدمت إحدى العلتين عند أبى حنيفة وأحمذ والعترة ووجدت الأخرى حل التفاضل وحرم النساء كما إذا عدم الجنس ووجد القدر كالبر مع الشعير والتمر مع الملح والذهب مع الفضة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث عبادة بن الصامت فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يد بيد» سواء كان مطعومًا أو غير مطعوم كالقطن مع الصوف والكتان بالحناء، لأن ربا الفضل محرم فيها عند اتحاد الجنس.

وكذلك إذا بيع مكيل بموزون كالقطن مع الشعير والذرة مع الكتان فإنه يحل للتفاضل ويحرم النساء والحديد بالرصاص يجوز متفاضلاً لا نسيئة فيه وكذلك إذا وجد الجنس وعدم القدر كالثيلب بالثياب فإنه يجوز بيع ثوب من القطن بثوبين منه لانعدام القدر ولا يجوز النساء لاتحاد الجنس.

٣٣ ـ وأما عند الإمام الشافعى فلا ربا عنده إلا فى المطعومات والأثمان

فإذا وجد الطعم حرم التفاضل والنساء سواء كان مدخرا أم غير مدخر مكيلا أو موزونا أم غير مكيل أو موزون. والجنسية. شرط وليست علة بانفرادها.

فعلى ذلك يجوز عنده بيع الحيوان بالحيوان... متفاضلاً لأنه ليس

مطعومًا، وكذلك يجوز بيع القطن بالقطن والحديد بالحديد والنحاس بالنحاس والرصاص بالرصاص، لأن هذه الأشياء ليست مطعومة عنده، فالربا أى ربا الفضل عنده لا يكون إلا فى المطعومات والأثمان فإذا عدم الطعم والثمينة فلا ربا عنده كما عرفنا فالجنس وحده إذا وجد لم يكن مطعومًا لا يحرم التفاضل ولا النساء. لأن الجنس ليس علة وإنما هو شرط.

ويجوز كذلك بيع البر بالشعير والتمر بالملح والذهب بالفضة متفاضلاً لا نسيئة لانعدام الجنس.

**٣٤ـ** والإمام مالك العلة عنده الاقتيات والادخار مع الجنس فى الأشياء الأربعة والتنمية فى الذهب والفضة.

فإذا وجد الاقتيات والدخار مع الجنس حرم التفاضل والنساء.

وإذا عدم الجنس ووجد الطعم على غير وجه التداوى سواء كان مدخرًا مقتاتًا أم لا كرطب الفواكه نحو التفاخ والمشمش وكالخضر نحو البطيخ ونحو الخس فيجوز ويحل التفاضل ويحرم النساء.

وكذلك يجوز عنده بيع التمر بالملح متفاضلاً والذرة بالبر، والأرز بالشعير والذهب بالفضة متفاضلاً ويحرم النساء فى جميعها.

ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتفاحة بالتفاحتين والبرتقالة بالبرتقالتين متفاضلاً لا نسيئة لعدم الادخار.

غير أن مالكا والأوزاعى والليث يعتبرون البر والشعير صنفا واحدًا ويستدلون على ذلك لقول النبى ﷺ فى الحديث الذى رواه أحمد عن معمر بن عبد الله (الطعام بالطعام مثلاً بمثل) قال الراوى : وكان طعامنا يومئذ الشعير.

والجمهور يعتبرونها صنفين لحديث عبادة بن الصامت إذ أنه عليه السلام بعد أن عد الأصناف الستة قال. «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد».

وابن عليه لا يحرم عنده النساء عند اختلاف الجنس إلا فى الذهب والفضة[1]، وأما فى الأصناف الأربعة وهى البر والشعير والتمر ووالملح فلا يحرم عنده فيها النساء فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا سواء تم القبض أم لا.

## ٣٥ ـ أما الأمر الثالث :

«وهو ما يحل فيه التفاضل والنساء»

فأما ما يجوز فيه الأمران جميعًا بعد أن عرفنا ما يحرم فيه التفاضل والنساء، وما يحل فيه التفاضل ويحرم فيه النساء فيجوز الأمران جميعًا "التفاضل واالنساء" إذا عدمت العلة المحرمة على حسب اختلاف العلة عند الفقهاء.

فأما عند الإمامين أبى حنيفة وأحمد فإذا عدم الأمران القدر (الكيل أو الوزن) مع الجنس حل التفاضل والنساء، فيجوز بيع ثوب من الصوف بثوبين من الكتان، وثوب من القطن بثوبين من الحرير، لانعدام القدر القدر واختلاف الجنس، ويجوز بيع الحنطة بالدرهم، لأن الحنطة مكيلة والدراهم موزونة ولاختلاف الجنس.

وعلى هذا يجوز بيع الحيوان متفاضلاً لا نسيئة عند اتحاد الجنس، فيجوز بيع شاة بشاتين متفاضلاً لا نسيئة لاتحاد الجنس.

---

[1] المغنى ٤/ ٢٠، بداية المجتهد ٢/ ١٤٠.

وذلك لما رواه الحسن عن سمرة بن جندب «أن النبى ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة» رواه الخمسة وصححه الترمذى وابن الجارود وأخرجه أحمد أبو يعلى[1].

والعبرة فى اعتبار الكيل أو الوزن هو ما كان على عهد رسول الله ﷺ. فما نص على كيله فهو مكيل أبدًا وإن ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح، وما نص على وزنه فهو موزن أبدًا وإن ترك الناس الوزن فيه كالذهب والفضة، لأن النص أقوى من العرف، والأقوى لا يترك بالأدنى، ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس وقيل إن المعتبر فى الكيل والوزن عرف الناس، لقوله عليه الصلاة والسلام (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)[2]

٣٦- والإمام الشافعى إذا فقد عند الطعم سواء اتحد الجنس أم لا يحل التفاضل والنساء، فيجوز بيع قنطار من القطن بقنطارين منه، وطن من الحديد بطنين منه لأنها وإن كانت موزونة واتحد جنسها، إلا أنها ليست بمطعومة، وكذلك يجوز بيع شاة بشاتين متفاضلاً ونسيئه لانعدام الطعم وإن اتحد الجنس، لأن الجنس بانفراده ليس مؤثرًا عنده إلا فى الربوبات[3] المطعومات فقط.

واستدل الإمام الشافعى على جواز بيع الشاة بالشاتين متفاضلا نسيئة ونقدا بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص وفيه أن رسول الله ﷺ أمره أن يأخذ فى قلائص الصدقة البعير بالبعيرين إلى الصدقة) رواه أبو

---

(١) سبل السلام ٣/ ٤٠.

(٢) مسند أحمد ١/ ٣٧٩ عن عبد الله بن مسعود.

(٣) كفاية الأخيار ١/ ١٤٣ والمصادر السابقة.

داود والحاكم والبيهقى والدار قطنى بمعناه[1] (القلوص : هى الناقة الشابة).

ويرد على هذا بأنه منسوخ بحديث سمرة بن جندب[2]

٣٧ ـ والإمام مالك يعتبر فى جواز التفاضل والنساء انعدم الطعم (أى الأقتيات مع الجنس) بشرط الادخار فيجوز عنده بيع الحديد بالنحاس والرصاص والقطن والكتان والزغفران متفاضلا ونسيئة لعدم الطعم واختلاف الجنس.

والعبرة فى تحريم النساء فى غير الربويات عنده اتفاق المنافع واختلافها فإذا اختلف جعلها صنفين، وإن كان الاسم واحدًا.

فلا يجوز بيع شاة بشاتين إلى أجل إلا أن تكون إحداهما حلوية والأخرى أكولة. (أى أعدت للأكل).

ولا يجوز عنده بيع شاه حلوية بشاة حلوية إلى أجل وأما إذا أختلفت المنافع فيجوز كما إذا باع فرسا بعشر شياه لاختلاف الجنس والمنافع[3].

ويشهد لمالك فى جواز بيع الحيوان بالحيوان عند احتلاف لامنافع متفاضلا.

ما رواه الترمذى عند جابر قال : رسول الله ﷺ «الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يدا بيد»[4]

---

[1] نيل الأطار ٥/ ٣٠٤، سبل السلام ٣/ ٤٣.

[2] انظر الصفحة السابقة.

[3] حاشية الدسوقى ٣/ ٥٢.

[4] نصب الراية ٤/ ٤٧ وعند الترمذى فى البيوع باب ما جاء فى كراهة.

وذلك سدًا لذريعة القرض الذى يجر منفعة. وقال ابن المنذر : ثبت أن رسول ﷺ «اشترى عبدًا بعبدين» رواه الخمسة وصححه الترمذى عن جابر ولمسلم بمعناه[١].

وعن أنس رضى الله عنه أن النبى ﷺ اشترى صفية بسبعة أرؤس من دحية الكلبى "رواه مسلم وأحمد وابن ماجة"[٢].

وفى الحديث دليل الجواز لبيع الحيوان بالحيوان متفاضلاً إذا كان يدا بيد.

واتفق الفقهاء جميعًا على جواز بيع النحاس بالذهب والفضة نسيئة وإن كان كل منها موزونًا، لأن الذهب ثمن والنحاس مثمون، وكذلك سائر الموزونات كالقطن والحديد والزعفران ولأنه وإن جمعها الوزن إلا أن الذهب والفضة توزنان بالمثاقيل والدراهم والسنجات.

والنحاس وما شابهه من القطن والحديد والزعفران يوزن بالأمناء والقبان.

(والمن = ٢٦ أوقية والأوقية تساوى ١٢ درهما مصريًا $\frac{٢}{٣}$ ١٠ درهم عراقى).

والنقود لا تتعين، والنحاس والحديد والذهب يتعين بالتعيين والله أعلم.

---

(١) نيل الأوطار ٥/ ٢٠٣.

(٢) نيل الأوطار ٥/ ٢٠٣.

# المبحث السادس

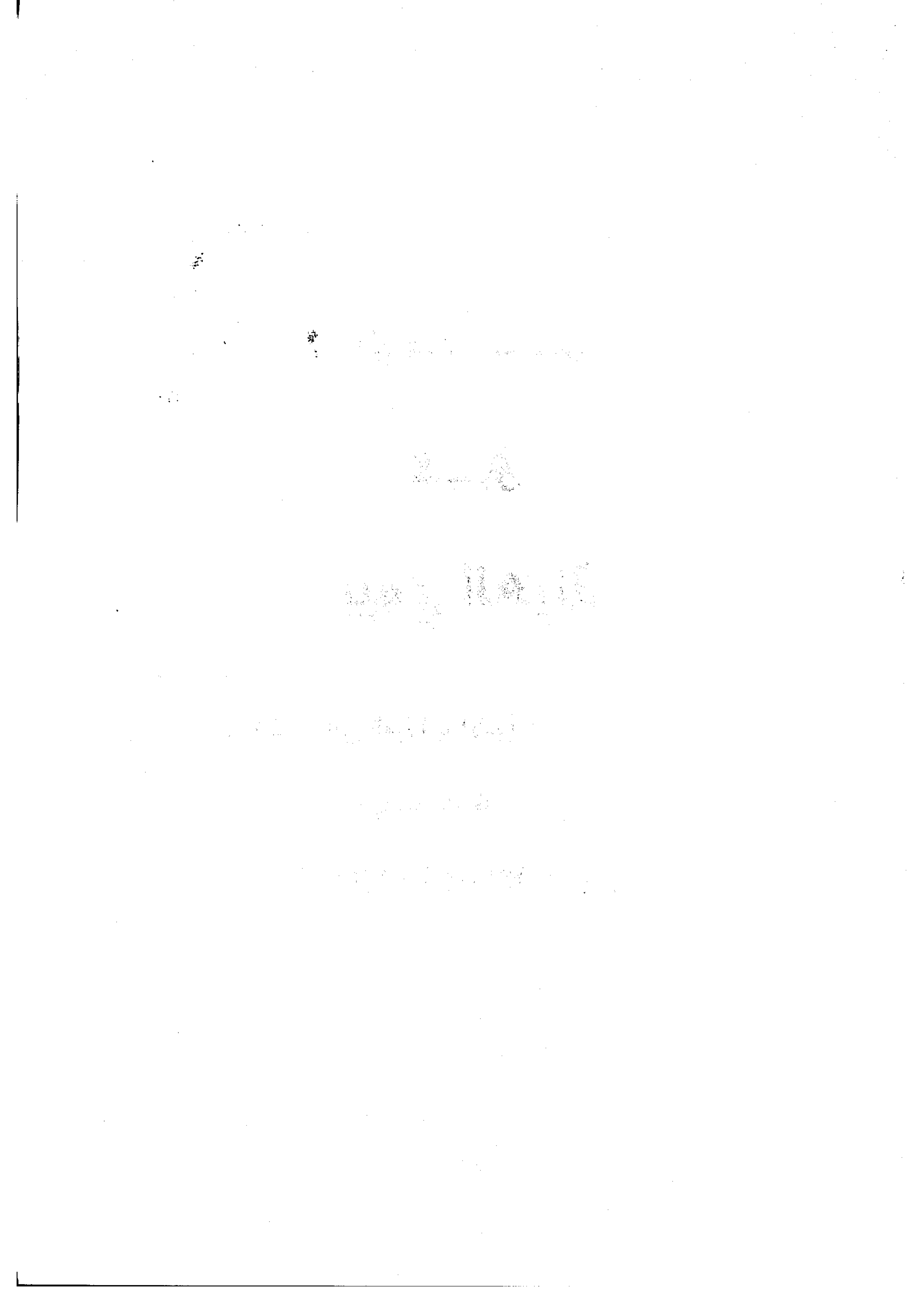
# في

# بيوع العينة

ويشتمل على المطالب الآتية :

١- تعريفها لغة وشرحًا.

٢- صورها وما يجوز منها ومالا يجوز.



# المطلب الأول

# فــى

# تعريف العينة لغة وشرعًا

## ٣٨ـ تعريف العينة لغة :

العينة بكسر العين المهملة ثم ياء تحتية ساكنة ثم نون هى السلف : قال فى القاموس عين أخذ العينة بالكسر أى السلف أو أعطى بها.

والتاجر باع سلعته بثمن إلى أجل ثـم اشـتراها منـه بـأقل مـن ذلـك الثمن[١].

والمعانى الشرعية على وزان المعانى اللغوية.

وشـرعًا : هـى : بيـع الرجـل سلعته بثمـن مؤجـل ويسـلمها إلــى المشترى ثم يأتى البائع فيشتريها من المشترى بثمن أقل قبل حلول الأجل.

وسميت هذه المبايعة عينة لحصول النقد لصاحب العينة، لأن العين هو المال الحاضر والمشترى إنما يشتريها ليبيعها، بعين حاضرة تصل إليه من فوره ليصل به إلى مقصوده[٢].

---

[١] القاموس ٥/ ٢٥٢، مختار الصحاح، ص ٤٦٧، لسان العرب ٤/ ٣١٩٩ مراجع هذا البحث.
نيل الأوطار ٥/ ٢٠٧، سبل السلام ٣/ ٤١.
فتح القدير ٦/ ٩٨، ٩٩، ٢٣٣، حاشية الدسوقى ٣/ ٨٨، الخرشى ٥/٥.
حاشية الصاوى ٢/ ٥٠، بداية المجتهد ٢/ ١٤١، ١٥٣، مغنى المحتاج ٢/ ٣٩.
المغنى لابن قدامة ٤/ ١٣٢.

[٢] نيل الأوطار ٥/ ٢٠٧، سبل السلام ٣/ ٤١.

# المطلب الثانى

# فـــى

# بيان صورها وما يجوز منها وما لا يجوز

٣٩ ـ وللعينـة أربـع صـور اتفق الفقهاء علـى جوازهـا فـى صـورة منهـا واختلفوا فى الثلاثة الباقية :

أما الصورة التى اتفقوا على الجواز فيها فهى.

١- ما إذا اشترى البائع السلعة من المشترى بمثل الثمن الأول وذلك لعدم وجوده صورة الربا فيها والتحايل على الربا بالبيع.

مثال ذلك ما إذا باع لشترى سيارته بخمسة آلاف جنيه مؤجلة إلـى سنة ثم يعود فيشتريها منه بمثل الثمن الأول قبل حلول الأجل. فهذا جـائز بالاتفاق.

٢- وأما إذا باعها بخمسة آلاف مؤجلة إلى سـنة ثـم اشـتراها بثلاثـة آلاف قبل حلول الأجل.

٣- أو اشتراها بأكثر من الثمن الأول وإلى أجل أكثر من الأجل الأول.

٤- أو بيعها بنقد إلى رجل (بثمن حال) كثلاثـــة آلاف جنيـه مثـلاً ثم يعمد البائع إلى شرائها من المشترى بخمسة آلاف مؤجلة.

فقد اختلف الفقهاء فى هذه الثلاثة الأخيرة.

أ- فذهب الأئمـة الثلاثـة أبـو حنيفـة ومـالك وأحمـد والهادويـة والأوزاعـى والثـورى وربيعة وإسحاق إلـى عدم جوازه، وبـه يقـول ابـن عبـاس وعائشة والحسن وأبى سيرين والشعبى والنخعى.

ب- وذهب الإمام الشافعي وأبو ثور إلى جواز هذا البيع، لأنه ثمن يجوز بيع السلعة به من غير بائعها فجاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها.

**الأدلـــــة :**

١- استدل الأئمة الثلاثة ومن معهم على أن ذلك البيع الثانى باطل، لأنه ذريعة إلى الربا وأكل مال الناس بالباطل.

وثانيهما، لأنه من بيوع العينة التى نها عنها رسول الله صلى الله عليه فيما يرويه داود بإسناده عن ابن عمر رضى الله عنهما قال :

سمعت رسول الله ﷺ يقول : «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه شىء حتى ترجعوا إلى دينكم»[١].

وهذا وعيد يدل على التحريم فقد توعد الرسول ﷺ من تعامل بالعينة بالذل والخسران واعتبرهم كفارًا بنعمة الله سبحانه ولا ينزع الله عنهم ذلك الذل إلا بتركهم لتلك البيوع وهذه المعاملات المحرمة.

وروى أبو إسحاق السبيعى عن امرأته العالية بنت ايقع بن شرجيل: أنها قالت. «دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم، وامرأته على عائشة رضى الله عنها، فقالت أم ولد زيد بن أرقم : إنى بعت غلامًا من زيد ابن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائه درهم فقالت لها : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت. أبلغى زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب» رواه الإمام أحمد وسعيد بن منصور[٢].

---

[١] نيل الأوطار ٥/ ٢٠٦، سبل السلام ٣/ ٣٩.

[٢] المصدر السابق.

وفى رواية : «أبلغى زيد بن أرقم أن جهاده..... الحديث».

فقالت : أرأيت إن تركت وأخذت الستمائة. قالت : نعم «فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف....» رواه الدارقطنى.

فحكمها بذلك دليل على أنها سمعته من رسول الله ﷺ، لأنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله ﷺ فجرى مجرى روايتها ذلك عنه، ولأن ذلك ذريعة إلى الربا فإنه يدخل السلعة ليستبيح بها الزيادة الربوية.

وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما فى مثل هذه المسألة أنه قال : «أرى مائة بخمسين بينهما حريرة» يعنى خرقة حرير جعلاها فى بيعهما والذرائع معتبرة.

٢- واستدل الإمام الشافعى وأبو ثور على جواز بيع العينة فى الصور الثلاث بما ورد فى حديث أبى هريرة من قول النبى ﷺ لسواد بن غزية «بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا» لأنه يصح أن يشترى ذلك البائع له ويعود له عين ماله لأنه لما لم يفصل ذلك فى مقام الاحتمال يدل على صحة البيع مطلقًا سواء كان من البائع أو غيره، وترك الاستفصال فى مقام الاحتمال يجرى مجرى العموم فى المقال.

ولأنها بيع وقد حصل فيها التراضى بين المتعاقدين، لأن البيع مبادلة مال بمال على سبيل التراضى..

وأما حديث السيدة عائشة- رضى الله عنها- فلم يثبت عنده.

## الرأى الراجح :

والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن بيع العينة باطل

لثبوت حديث السيدة عائشة رضى الله عنها ولما فيه من ذريعة للربا وقد أمرنا بعد الزائع «ودع ما يريبك إلى ما لا يريك».

وقد استدل الإمام ابن حزم على عدم جواز بيع العينة بما روى عن الأوزاعى من قول النبى ﷺ «يأتى على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع» وهذه صورة منه.

وهذا الحديث وإن كان مرسلاً فإنه صالح للاعتقاد به.

## مراجع بحث

## الخيارات فى عقود المعاملات

## الشريعة الإسلامية

### أولاً :

١- القرآن الكريم.

٢- أحكام القرآن للجصاص.

٣- تفسير القرطبى.

### ثانيًا : السنة النبوية الشريفة :

١- فتح البارى بشرح صحيح البخارى.

٢- صحيح مسلم بشرح النووى.

٣- اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان وضعه محمد فؤاد عبد الباقى- دار الريان للتراث.

٤- نيل الأوطار للإمام الشوكانى.

٥- شرح السنة للبغوى.

٦- سبل السلام للصنعانى.

٧- نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية للزيلعى.

٨- الجامع الصغير للإمام السيوطى.

٩- كنوز الحقائق فى حديث خير الخلائق للإمام عبد الرؤف المناوى بهامش الجامع الصغير.

١٠- شرح الآثار للإمام الطحاوى.

١١- السنن للإمام البيهقي.

١٢- سنن ابن ماجة.

## ثالثًا : الفقه الحنفي :

١- الجوهرة النيرة على شرح الميداني.

٢- الاختيار شرح المختار للإمام عبد الله بن محمود بن مردود.

٣- بدائع الصنائع للإمام الكاساني.

٤- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام الزيلعي وبهامشه حاشية السبي.

٥- فتح القدير للكمال بن الهمام على الهداية للميرغناني.

٦- العناية للبابرتي بهامش فتح القدير.

٧- مجمع الأنهر شرح مبتقى الأبحر للإمام المحقق عبد الله ابن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداما أفندي.

٨- بدر المتقى في شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر.

٩- المبسوط للإمام السرخسي.

١٠- البحر الرائق شرح كنز الدقائق.

١١- تحفه الفقهاء للإمام السمرقندي.

١٢- مختصر الطحاوي.

## رابعًا : الفقه المالكي :

١- الشرح الصغير لسيدي أحمد الدردير.

٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفه الدسوقي.

٣- قوانين الأحكام الشرعية لابن جزىء الكلبى.

٤- مواهب الجليل.

٥- حاشية العدوى.

٦- حاشية الصاوى على شرح الدردير.

٧- بداية المجتهد شرح نهاية المقصد لابن رشد.

٨- مشروع تقنين الشريعة فى مذهب الإمام مالك.

٩- التاج والمواهب.

١٠- بلغة السالك لأقرب الممالك للشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكى.

## خامسًا : الفقه الشافعى :

١- الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع.

٢- كفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار للإمام تقى الدين أبى بكر بن محمد الحسينى الحصنى الدمشقى من علماء القرن السابع الهجرى.

٣- قليوبى وعميره حاشيتان للإمامين الشيخ شهاب الدين القليوبى والشيخ عميره على شرح العلامة جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للشيخ محيى الدين النووى.

٤- المهذب للشيرازى.

٥- الميزان للإمام الشعرانى (أبى المواهب عبد الوهاب بن أحمد بن على الأنصارى الشافعى المصرى ) من علماء القرن العاشر الهجرى.

٦- رحمة الأمه فى اختلاف الأئمة لأبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقى العثمانى الشافعى (من علماء القرن الثامن الهجرى).

**سادسًا : الفقه الحنبلى :**

١- المغنى لابن قدامة.

٢- مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد.

٣- منتهى الإرادات لتقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى المصرى الشهير بابن النجار.

**سابعًا : الفقه الزيدى :**

١- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للإمام الشوكانى.

**ثامنًا : فقه الشيعة الإمامية :**

١- شرائع الإسلام للمحقق الحلى (أبو القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسين) مع تعليقات السيد صادق الشيرازى.

**تاسعًا : الفقه الظاهرى :**

١- المحلى لابن حزم.

**عاشرًا : القواعد الفقهية :**

١- الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان للشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم.

٢- الأشباه والنظائر فى الفروع للإمام جلال الدين عبد الرحمن ابن أبى بكر السيوطى الشافعى.

**حادى عشر : كتب اللغة :**

١- مختار الصحاح.

٢- لسان العرب لابن منظور.

٣- المفردات فى غريب القرآن لأبى القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى.

# الفهرس

| الموضوع | الصفحة |
| --- | --- |

